

Er Safe Harbor modellen rettferdig?

En analyse av Safe Harbor avtalen og dens plass i den globale handel

Kandidatnr:

Veileder: Lee A. Bygrave

Leveringsfrist: 25. november 2005

Til sammen 17434 ord

20.09.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>5</u>
1.1	Bakgrunn	5
1.2	Problemstilling	5
1.2.1	Første underproblemstilling	6
1.2.2	Andre underproblemstilling	6
1.2.3	Tredje underproblemstilling	6
1.3	Presisering	6
1.4	Avgrensing	7
1.5	Rettskildegrunnlaget	8
1.5.1	Bruken av rettskildene	10
1.6	Oppgavens oppbygging	11
<u>2</u>	<u>HISTORIKK</u>	<u>12</u>
2.1	EU sin tilnærming	12
2.1.1	Nærmere om tilstanden før direktivet ble vedtatt	12
2.1.2	Direktivets siktemål	12
2.2	USA sin tilnærming til personvern	13
2.2.1	Innledning	13
2.2.2	Lovgivningen	14
2.2.2.1	Grunnloven	14
2.2.2.2	Den føderale lovgivningen	15
2.2.2.3	Privat sektor	16
<u>3</u>	<u>KRAV OM «ADEQUATE PROTECTION»</u>	<u>18</u>

3.1	Overføring til tredjeland	18
3.1.1	Overføring	18
3.2	Hva menes med et tilstrekkelig beskyttelse?	19
3.2.1	Hva måles tilstrekkelighetsnivået etter?	20
<u>4</u>	<u>SAFE HARBOR</u>	<u>22</u>
4.1	Innledning	22
4.1.1	Formålet med Safe Harbor	26
4.1.2	Hvordan fungerer Safe Harbor avtalen?	26
4.2	En gjennomgang av Safe Harbor avtalen	27
4.2.1	Innledning	27
4.2.2	Rekkevidde («Scope»)	27
4.2.3	Valg «Choice»	29
4.2.4	Tilgang «Access»	30
4.2.5	Håndheving «Enforcement»	32
4.2.6	Fungerer Safe Harbor avtalen etter sitt formål?	36
4.3	Standard kontrakts klausuler	38
4.3.1	Innledning	38
4.3.2	Innhold	39
<u>5</u>	<u>HVORDAN GIR ULIKHETENE SEG UTSLAG?</u>	<u>40</u>
5.1	Innledning	40
5.2	Med henhold til personvern	41
5.3	Med henhold til konkurranse	45
<u>6</u>	<u>BRYTER SAFE HARBOR AVTALEN MED EU SINE WTO FORPLIKTELSE</u>	<u>47</u>
6.1	Innledning	47
6.2	The World Trade Organization	48

6.3	Gjennomgang av WTO praksis	49
6.3.1	Innledning	49
6.3.2	«The treatment no less favourable» standard	49
6.3.3	«Comparable in effectiveness» standard	52
6.3.4	«Like – Product» standard	56
6.4	Bryter EU sine WTO forpliktelser?	57
6.4.1	Innledning	57
6.4.2	Hvilken standard ville blitt brukt?	58
6.4.3	Hva ville man komme frem til?	60
<u>7</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>63</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>
8.1	Bøker (fork.)	64
8.2	Artikler og Tidsskrifter (fork.)	66
8.3	Artikler (generell)	69

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

EU har gjennom personverndirektivet¹ innført en meget omfattende regulering av fellesskapets behandling av personopplysninger². Direktivet regulerer blant annet overføringer av personopplysninger til tredjeland, det vil si land som ikke er medlem av EØS. Tredjeland må etter direktivets art. 25(1) tilfredsstille kravet til en «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») av personopplysninger for at man skal kunne overføre personopplysninger fra et EØS-land til det aktuelle tredjelandet.

I juli 2000 inngikk EU kommisjonen en avtale³ med amerikanske myndigheter etter direktivets art. 25(6). Avtalen går i korthet ut på at amerikanske «organisasjoner» som underkaster seg avtalens reguleringer, blir ansett for å tilfredsstille kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») etter art. 25(1) i direktivet.

1.2 Problemstilling

Oppgavens hovedproblemstilling er å analysere om SHA er rettferdig.

Hovedproblemstillingen kan deles inn i en rekke underproblemstillinger som vil bli kort presentert nedenfor.

¹ Direktivet 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri flyt av sådanne opplysninger (heretter kalt personverndirektivet eller direktivet).

² Defineres som enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar person (den registrerte) (jfr. direktivets art. 2 litra a). Med «behandling av personopplysninger» betyr enhver operasjon eller rekke av operasjoner som med eller uten elektroniske hjelpemiddel utføres i forbindelse med personopplysning, for eksempel innsamling, registrering, systematisering, oppbevaring, tilpasning eller endring, gjenfinning, søking, bruk og videreformidling ved overføring (i henhold til direktivets art. 2 litra b).

³ COMMISSION DECISION of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the safe harbor principles and related frequently asked questions issued by the US Department of Commerce (2000/520EC) http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_215/l_21520000825en00040006.pdf (sist sett 14/09-05). Heretter kalt Safe Harbor avtalen (fork. SHA).

1.2.1 Første underproblemstilling

Det skal for det første tas stilling til kravet «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») blir praktisert annerledes ovenfor USA (gjennom SHA) enn andre tredjeland. Dette vil delvis bero på en analyse av SHA vurdert opp mot personverndirektivets krav til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»).

1.2.2 Andre underproblemstilling

Det skal for det andre tas stilling til om USA får en eventuell fordel/ulempe gjennom SHA i forhold til andre tredjeland slik den blir praktisert i dag. Dette vil delvis bero på en sammenligning mellom SHA, og et annet tredjelands mulighet til å oppnå kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» som hovedsakelig blir gjennom standard kontrakts klausuler.

1.2.3 Tredje underproblemstilling

Det skal videre tas stilling til om praktiseringen av SHA medfører et brudd på EU sine WTO forpliktelser. Problemstillingen beror på en tolkning av EU sine WTO forpliktelser vurdert opp mot konklusjonen etter pkt. 1.2.2.

1.3 Presisering

For å kunne svare på de nevnte problemstillingene blir en presisering i hva som menes med begrepet «rettferdig» nødvendig. Begrepet «rettferdig» får en ulik betydning ettersom hvilken problemstilling som blir reist.

Under punkt 1.2.1 blir begrepet benyttet for å avdekke om SHA tilfredsstillende kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), slik den praktiseres i dag. Anses SHA for å tilfredsstillende kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), vil den sies å være rettferdig under dette punkt. Anses derimot ordningen for ikke å tilfredsstillende kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), blir ordningen etter dette å betrakte som urettferdig (etter dette punkt).

Den «registrerte»⁴ blir etter en slik forståelse, den som blir rammet av en eventuell forskjellsbehandling (urettferdighet). Manglende tilfredstillelse av kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), medfører at behandlingen av den registrertes personopplysninger blir foretatt under en svakere regulering enn tilsiktet av EU og USA.⁵

Under punkt 1.2.2 er «rettferdig» ment å betegne den (eventuelle) forskjellen som måtte finnes i kravet til oppfyllelse av «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), under henholdsvis SHA og standard kontrakts klausuler. Forskjellene må etter begrepet være diskriminerende for at det skal kunne sies å være urettferdige. Legitim forskjellsbehandling vil ikke bli ansett som urettferdig.

Under punkt 1.2.3 blir en eventuell forskjellsbehandling (urettferdighet) som avdekkes etter punkt 1.2.2 gjenstand for vurdering opp mot EU sine WTO forpliktelser. Problemstillingen fordrer således en gjennomgang av EU sine forpliktelser ovenfor WTO.

1.4 Avgrensing

En utførlig analyse av alle SHA sine punkter, vil favne for vidt for denne avhandlingen å behandle. Jeg har således sett meg nødt til å prioritere enkelte punkter innenfor SHA. Prioriteringene er foretatt på bakgrunn over hvilke prinsipper som står mest sentralt i beskyttelsen av personopplysninger. Safe Harbor prinsippene «Notice» (meddelelse), «Onward Transfer» (videresending), «Security» (sikkerhet) og «Data Integrity» (data integritet) vil etter dette ikke bli behandlet i denne oppgaven.

Det faller utenfor oppgavens rammer å gi en generell behandling av reguleringer som direktivet kan sies å bygge på slik som Europarådets konvensjon⁶ av 28. juni 1981,⁷

⁴ En som direkte eller indirekte kan identifiseres, særlig ved hjelp av et identifiseringsnummer eller et eller flere elementer som er særegne for personens fysiske, fysiologiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sosiale identitet (jfr. direktivets art. 2 litra a).

⁵ Se pkt. 4.1.1

⁶ NOU 1997:19 s. 38

⁷ Ratifisert av Norge 20. februar 1984 (heretter konvensjonen)

OECDs retningslinjer⁸ vedtatt den 23. september 1980 for beskyttelse og utveksling av personopplysninger over landegrensene, og FNs retningslinjer vedtatt den 14. desember 1990.⁹ Enkelte punkter i reguleringene vil kun kort bli omtalt, der de er relevant for drøftelsen.

Videre avgrenses det mot problemstillinger som reises på bakgrunn av at tredjeland har ratifisert eller implementert (et eller flere av) de nevnte reguleringene. Et eksempel vil være om et tredjeland som har ratifisert eller implementert de nevnte reguleringer (på dette grunnlag) skal sies å tilfredsstille kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»).

Unntak fra kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») etter art. 26 i direktivet, vil kun bli behandlet ved standard kontrakts klausuler (jfr. art. 26(4)), slik at øvrige unntak (som blant annet samtykke) vil falle utenfor rammene av denne oppgaven.

1.5 Rettskildegrunnlaget

Oppgavens problemstilling er knyttet til overføringer av personopplysninger fra EU til omverdenen generelt og til USA spesielt. Sentralt for oppgaven er en tolkning av personverndirektivet, således blir EU sine rettskilder av betydning ved tolkning av direktivet. Romatraktaten som fellesskapsretten bygger på vil her kunne være et moment i tolkningen av direktivet.¹⁰ Forarbeider har i EU-retten mindre betydning enn i f.eks. norsk rettskildelære,¹¹ dels på grunn av lovgivningsprosessen og tolknings tradisjoner man har i EU. Fortalen til direktivet forteller noe om formålet til direktivet, og har noe av den samme rollen som forarbeider har i norsk rett.¹² Den vil således kunne være et viktig moment ved tolkningen av direktivet. EF-domstolen spiller en sentral rolle i utformingen av EU-retten. Gjennom kreativ og rettspolitisk kraft, utfyller domstolen den uskrevne norm og tolker

⁸ Guidelines Governing the protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data

⁹ The United Nations Guidelines Concerning Computerized Personal Data Files

¹⁰ Sejerstad m.fl. 2004 s. 46

¹¹ Sejerstad m.fl. 2004 s. 54

¹² Sejerstad m.fl. 2004 s. 51

uklarheter som en traktat eller et direktiv kan ha etterlatt. EU-retten (samt EØS-retten) blir gjennom denne dynamikken, gjenstand for en stadig utvikling noe som er det underliggende i EU-retten.¹³ Reelle hensyn spiller også en viktig rolle innefor EU-retten sine tolkninger.¹⁴ Forvaltningspraksis har videre en praktisk rolle innen for denne dynamikken,¹⁵ gjennom blant annet kommisjonens faktiske anvendelse av sin myndighet.

Direktivet bygger i hovedsak på prinsippene fra Europarådets konvensjonen, som i utgangspunktet gjelder for all lagring og håndtering av personopplysninger ved hjelp av EDB. Videre bygger direktivet på OECDs retningslinjer. Retningslinjene er ikke rettslig bindende, men har en sterk politisk tyngde bak seg. Konvensjonen og OECDs retningslinjer vil ikke bli behandlet i oppgaven, men vil kunne være et moment i tolkningen av direktivet.

Norske rettskilder er også av interesse når myndighetene eller domstolene har tolket direktivet. De sentrale rettskildene vil være Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 nr.3,¹⁶ NOU 1997:19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personvern, Ot. Prp. 92 (1998-99) om lov om behandling av personopplysninger, Innst O nr. 51 (1999-2000) om lov om behandling av personopplysning, Forskrift til Personopplysningsloven 15 des. 2000 nr. 1265 samt praksis fra Datatilsynet¹⁷.

I praksis er amerikansk rettskildelære relevant ved tolkning avtaleteksten samt anvendelse av SHA som sådan, siden SHA kun benyttes til å regulere personvern internt i USA. Det fører til at begrensninger og unntak som følge av amerikansk lovgivning, må hensyn tas ved anvendelse av SHA.

¹³ Sejerstad m.fl. 2003 s. 177 flg.

¹⁴ Sejerstad m.fl. 2004 s. 56

¹⁵ Sejerstad m.fl. 2004 s. 55

¹⁶ Heretter Personopplysningsloven eller pol.

¹⁷ Datatilsynet har pr. i dag ikke behandlet noen saker med relevans for Safe Harbor avtalen (jfr. møte med datatilsynets seniorrådgiver Hanne Gulbransen 05/04-05)

Videre vil WTO sin praksis være relevant i bedømmingen av om SHA er rettferdig. Resultatet av en slik gjennomgang vil ha en stor betydning ved vurderingen av om SHA er rettferdig, siden et brudd på EU sine WTO forpliktelser vil kunne tilsi en urettferdig behandling av tredjeland.

1.5.1 Bruken av rettskildene

I denne oppgaven brukes personverndirektivet som primærkilde. Det innebærer at direktivet blir tolket på en noe annerledes måte enn innenfor norsk rettskildelære. Personverndirektivet ble utgitt i flere offisielle og like autentiske språkversjoner, noe som ikke er helt uproblematisk, siden vage termer og uttrykk kan variere i nyanser fra språk til språk. Dette vil i utgangspunktet føre til at en naturlig språklig forståelse av ordlyden får mindre betydning enn den ellers ville ha fått, mens formålsbetraktninger blir mer vektlagt.¹⁸ Imidlertid har man i personverndirektivet innført en forholdsvis detaljert forståelse av de forskjellige begrepene innenfor personvern, slik at mye av språkproblematikken har uteblitt.

I denne oppgaven har jeg benyttet meg av den engelskspråklige versjonen av direktivet. Begrunnelsen for dette er todelt. For det første var engelsk det arbeidsspråket som SHA ble forhandlet under. Ved anvendelse av samme språk gir det mindre rom for tolkningsforskjeller og uklarheter. Den andre grunnen er at en sammenligning av SHA og direktivet egner seg best når man benytter samme språk.

Etter at EØS-komiteén¹⁹ den 25. juni 1999 besluttet å innlemme personverndirektivet i EØS-avtalen, ble Norge folkerettslig forpliktet til å implementere direktivet. Norge imøtekom den folkerettslige forpliktelsen med vedtakelse av Personopplysningsloven. Drøftelsene i lovens forarbeider (spesielt NOU 1997:19) med relasjon til

¹⁸ Sejerstad m.fl. 2004 s. 42

¹⁹ Sejerstad m.fl. 1995 s. 113

personverndirektivet blir således av en viss interesse, ikke som en tolkningsfaktor til Personopplysningsloven, men som et tolkningsmoment til direktivet.²⁰

1.6 Oppgavens oppbygging

I kapittel 2 gir jeg en kort fremstilling av rettsstilstanden i EU før personverndirektivet ble vedtatt, hvilket siktemål direktivet skulle ha, samt en kort gjennomgang av amerikansk lovgivning på personvernet sitt område.

I kapittel 3 redgjøres det for vilkårene i personverndirektivet art. 25(1)(2). Jeg vil foreta en presisering og forklaring av begrepene «overføring» og «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»).

I kapittel 4 analyseres utvalgte prinsipper i SHA. Safe Harbor prinsippene blir sett i forhold til de personvernprinsippene personverndirektivet er ment å ivareta. Videre i kapittelet (4.3) gir jeg en kortfattet fremstilling av standard kontrakts klausuler.

I kapittel 5 blir virkningene av SHA behandlet. De forskjellige implikasjonene avtalen har for personvernet og den registrerte, blir behandlet under 5.2. Under 5.3 blir en mulig konkurransefordel eller ulempe en Safe Harbor deltager har ovenfor en annen tredjelandts behandlingsansvarlig²¹ gjennomgått.

Under kapittel 6 ser jeg nærmere på EU sine WTO forpliktelser. Det vil bli foretatt en gjennomgang av tidligere WTO avgjørelser, som kan ha en innflytelse i en hypotetisk rettstvist mellom EU og et tredjeland.

I kapittel 7 gir jeg mine konkluderende synspunkter på oppgavens problemstillinger.

²⁰ Sejerstad m.fl. 2004 s. 55

²¹ En fysisk eller juridisk person, offentlig myndighet, byrå eller ethvert annet organ som alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger (jfr. direktivet art. 2 litra d).

2 Historikk

2.1 EU sin tilnærming

2.1.1 Nærmere om tilstanden før direktivet ble vedtatt

Før personverndirektivet trådte i kraft 24. oktober 1998 var den nasjonale lovgivningen for de respektive EU-landene svært ulike. Land som Tyskland og Frankrike førte enn streng personvernlovgivning, mens andre land, som f.eks. Italia og Hellas til gjengjeld hadde lite eller ingen lovgivning på området. De ulike regelverkene gjorde at land som hadde en streng personvernlovgivning, vegret seg til å sende personopplysninger til land med svak(ere) personvernlovgivning, siden man ikke kunne være sikre på at de registrertes interesser ble hensyn tatt. Det førte til at personopplysninger som ble ønsket overført til land med et svakt utbygget personvern ofte ble nektet.

Frykten for at ulik personvernlovgivning skulle medføre en risiko for fri flyt av informasjon mellom medlemslandene, førte til en utarbeidelse av personverndirektivet. Tanken var at et felles regelverk ville hindre at medlemslandene satte opp hindringer for fri flyt av informasjon, samt å sikre informasjonsstrømmen innad i EU, slik at man ville sikre en fri bevegelse av tjenester (noe som er en av de fire frihetene i EU/EØS)²². Veien frem til vedtakelse av direktivet var vanskelig og kompromisser måtte inngås. På grunn av at kravet til skjerpet personvern ble fremsatt av mektige land som Tyskland og Frankrike fikk de et forhandlingsovertak,²³ siden innpass til deres markeder er avgjørende for handelen i EU. Forhandlingsovertaket ble brukt til å gjennomføre en styrking av personvernlovgivningen i fellesskapet.

2.1.2 Direktivets siktemål

Personverndirektivet sine tilsiktede virkninger er tredelt.²⁴ For det første er det meningen å beskytte individers privatliv ved behandling av personopplysninger. Dette siktemålet søker

²² Sejerstad m.fl. 2003 s. 260

²³ Shaffer 1999 s. 421

²⁴ Schwartz & Reidenberg s. 2

man å oppnå ved de materielle samt prosessuelle reglene i direktivet. Det andre siktemålet er å harmonisere de nasjonale regelverkene for behandling av personopplysninger innad i fellesskapet.²⁵ Slik at de nasjonale grensene ikke er til hinder for overføring av personopplysninger, men at en lik standard innad i EU/EØS blir herskende. Dette medfører blant annet at felles forvaltningsorganer innad i EU kan etableres uten at ulik personvern lovgivning blir en årsak til besvær. For det tredje skal direktivet hindre misbruk ved overføring av personopplysninger. Dette gjøres ved å sette et krav om tilstrekkelig beskyttelse («adequate protection») ved overføringer til tredjeland.²⁶

En fjerde virkning²⁷ kan sies å ligge i de markedsmessige begunstigelsene i det å ha like personvernregler. EU vil ikke bare oppnå fri flyt av informasjon innad i markedet, men en (bi)virkning av dette vil være en mektig forhandlingsposisjon utad, ved overføring av personopplysninger fra fellesskapet til et «tredjeland». Hvor tilsiktet denne begunstigen er vet jeg ikke, men at den er tilstede hersker det liten tvil om.²⁸ Begunstigelsens effekt (det at fellesskapet handler som en enhet utad) vil således kunne variere i styrke ut ifra medkontrahenten sin forhandlingsposisjon, noe som oppgaven vil se nærmere på.²⁹

2.2 USA sin tilnærming til personvern

2.2.1 Innledning

I motsetning til EUs lovbestemte tilnærming til personvernspørsmålet (gjennom personverndirektivet), har USA på sin side valgt en mer «hands off» politikk. Bransjeviser normer og selvregulering er den mest utbredte reguleringsmetoden innen for den private sektoren i USA. Lovreguleringen på personvernområdet kan best forklares som fragmentert, ad hoc, og snever i anvendelsesområdet.³⁰

²⁵ Schartum og Bygrave 2004 (pkt 3.4.2 og 3.4.3)

²⁶ Jfr. direktivet art. 25

²⁷ NOU 1997:19 s. 38 (se også Shaffer 2000 s. 82)

²⁸ Shaffer 1999 s. 420

²⁹ Se pkt. 6.4

³⁰ Shaffer 1999 s. 422

Den amerikanske Grunnloven kan her ha spilt en medvirkende årsak til denne tilnærmingen. Grunnloven sikrer borgerne grunnleggende sosiale og politiske rettigheter, samtidig som den begrenser myndighetens muligheter til å kontrollere disse. Grunnloven begrenser generelt ikke handlinger som andre private måtte foreta.³¹ Dette har ført til at det amerikanske folk har bedre beskyttelse når den føderale myndighet behandler personopplysninger, enn fra den private sektor.³²

Den amerikanske lovgivningen inneholder ingen generell lov om behandling av personopplysninger, slik tradisjonen har vært i enkelte europeiske land. Dette gjør at en sammenligning mellom amerikansk og europeisk lovgivning som kun baserer seg på likheter i regelverk blir villedene. En gjennomgang i hvilken grad amerikansk lovgivning forplikter seg til å sikre en «forsvarlig behandling»³³ av personopplysninger, vil etter dette gi et bedre sammenligningsgrunnlag.³⁴

En slik sammenligning av funksjonelle likheter vil bli benyttet (se pkt. 4.2) i den videre analysen av om SHA tilfredsstiller direktivets krav til tilstrekkelig beskyttelse («adequate protection»).

I de følgende punkter vil det bli gitt en kort fremstilling av de viktigste amerikanske reguleringene på personvernet sitt område.

2.2.2 Lovgivningen³⁵

2.2.2.1 Grunnloven

Grunnloven³⁶ i USA etablerer statsmaktene, samtidig som dokumentet begrenser dens makt til å styre over borgerne. «The Constitution's Bill of Rights and Civil War Amendments»

³¹ Schwartz & Reidenberg s. 6

³² Shaffer 2000 s. 23

³³ Se om personvernprinsippene i pkt. 3.2.1

³⁴ Schwartz & Reidenberg s. 19

³⁵ Bygger på Schwartz & Reidenberg sin fremstilling (kap.4 flg.).

³⁶ «The United State Constitution»

inneholder de viktigste begrensninger som staten har overfor sine borgere, når det gjelder behandling av personopplysninger. Selv om det ikke står direkte, har den amerikanske Høyesterett tolket grunnlovsteksten slik at den hindrer staten i å foreta visse myndighetsutøvelser ovenfor sine borgere. Tolkningen gjelder ikke bare statens muligheter til å utøve visse aktiviteter, men også fra å gjennomføre innsamlinger, anvending og avsløring³⁷ av personopplysninger. Denne grunnlovstolkningen gir således opphav til (blant annet) en beskyttelse av personopplysninger.

Denne beskyttelsen er vanligvis avhengig av en doktrine som kalles «state action». Doktrinen går ut på at rettighetene (etter Grunnloven) kun er i behold etter at staten har handlet med påbud, eller oppmuntret en privat aktør til aktivitet, eller har en tilstrekkelig klar tilknytning til den private (virksomheten) som har krenket en borgers grunnlovsrettighet.

Grunnlovsrettighetene har den svakheten i at de ikke krever staten til å handle når rettigheten blir krenket. Staten pålegges ingen plikt til å handle forebyggende, men blir kun hindret i visse typer myndighetsutøvelse.

En faktor som har hatt betydning for utviklingen av det amerikanske personvernregelverket er det faktum at Grunnloven setter fokus på myndighetene fremfor de private. Slik at man oppnår grunnlovsrettigheter når det offentlige (dvs. føderale og statlige organer) behandler personopplysninger, men ikke når de samme opplysningene behandles innenfor den private sektor.

2.2.2.2 Den føderale lovgivningen

Det finnes flere lovgivninger på det føderale plan som beskytter personopplysninger,³⁸ men de mest sentrale er «the Privacy Act»³⁹ og «the Freedom of Information Act»⁴⁰. «The

³⁷ Det å gjøre offentlig kjent

³⁸ For en oversikt over statlig og føderal lovgivning se «Compilation of State & Federal Privacy Laws» PRIVACY JOURNAL 1997

³⁹ <http://www.usdoj.gov/foia/privstat.htm> (sist sett 08/04-05)

Privacy Act» representerer en omfattende lovgivning som prøver å strukturere den offentlige sektors behandling av personopplysninger (omfattende etter amerikansk målestokk). Den regulerer hvordan føderale kontorer kan innhente personopplysninger og hvordan disse personopplysningene kan benyttes i beslutninger. «The Freedom of Information Act» regulerer en tredjeparts rett til innsyn i personopplysninger som et føderalt organ har kontroll over.

Lovgivningen av de føderale kontorene er spesielt viktige med tanke på den rollen organene har i det amerikanske samfunnet. Posisjonene organene fyller (som blant annet rådgivende organer), gjør at de blir tilført store mengder informasjon. For at de føderale organene skal kunne oppfylle sin tiltenkte oppgaver er det viktig at de som sender organene informasjon, har tiltro til at informasjonen ikke vil bli misbrukt. Lovgivningen er således med på å styrke demokratiet ved å begrense og regulere bruken av personopplysningene.

«The Privacy Act» forbyr fremvisning («disclosure») av personopplysninger uten samtykke fra den registrerte. Det finnes imidlertid tolv unntak fra forbudet, som dekker et relativt stort felt. Dette er med på å svekke loven sin effekt på føderale kontorers behandling av personopplysninger.

2.2.2.3 Privat sektor

Lovgivningen i USA som angår behandling av personopplysninger, skiller klart mellom offentlig og privat sektor, slik de nevnte lovene viser. En oversikt over lovgivningen vedrørende behandling av personopplysninger i privat sektor er verken hensiktsmessig eller særlig veiledende. Bakgrunnen for dette er at lovene har et relativt snevert anvendelsesområde og bidrar ikke til en riktig forståelse av gjeldende rett i USA.

Den amerikanske reguleringen av personopplysninger virker noe tilfeldig og opinion styrt. Et tilbakeblikk på hvordan noen av lovene ble til, underbygger påstanden om at

⁴⁰ http://www.usdoj.gov/oip/foia_updates/Vol_XVII_4/page2.htm (sist sett 08/04-05)

rettsområdet er betydelig underregulert. I stedet for å ha en generell og omfattende lov som virker forebyggende, ser det ut som om amerikanerne regulerer spesifikke næringer eller sektorer når en aktuell problemstilling dukker opp. En praksis som er det stikk motsatte av hva som er vanlig i Europa. Et godt eksempel på slik amerikansk lovgivning er den berømmelige «Videotape Privacy Protection Act»⁴¹ av 1988. Loven kom i stand etter at en journalist hadde innhentet og publisert en liste over hvilke videofilmer en Høyesterettsdommer kandidat hadde leid. Noe som førte til et «folkeopprør» som igjen fikk Kongressen til å vedta den nye loven, som forbydde en slik bruk av en persons videofilm historikk. Som et resultat av vedtagelsen, fikk det amerikanske folk bedre beskyttelse for opplysninger vedrørende videofilmleie, enn for deres helseopplysninger.⁴²

«The Fair Credit Reporting Act»⁴³ er en lov som gjelder for private selskaper ved behandling av visse typer personopplysninger (hovedsakelig kredittopplysninger). Loven er underlagt FTCs⁴⁴ jurisdiksjon og er et godt eksempel på den amerikanske sektor baserte lovgivning. Loven gir den registrerte visse rettigheter, som blant annet en rett til å se de opplysningene som er registrert om seg selv (mot en rimelig avgift).

Slike sektor baserte lover, som er ment å løse konkrete problemstillinger, tar ofte ikke hensyn til de problemstillingene som går på tvers av sektorene, ved behandling av personopplysninger. Eksempler på slike hensyn vil være at personopplysninger som blir innhentet for telekommunikasjons formål, kan ha en stor verdi ved markedsføring eller for overvåking av de ansatte. Når slike tilleggsopplysninger ikke blir regulert, skaper det en begrensning i sektor lovgivningens muligheter til å behandle personopplysninger (rettferdig) forsvarlig.

⁴¹ 18 U.S.C § 2721 (populært kalt «Bork Bill»)

⁴² Shaffer 2000 s. 25

⁴³ <http://www.ftc.gov/os/statutes/fcra.htm> (sist sett 08/04-05)

⁴⁴ «Federal Trade Commission», vil bruke den vanlige forkortelsen FTC i denne oppgaven

3 Krav om «adequate protection»

3.1 Overføring til tredjeland

3.1.1 Overføring

Et avgjørende kriterium for at art. 25 skal komme til anvendelse er at det dreier seg om en overføring («transfer») fra et EØS land til et annet ikke medlemsland. Et land som ikke er medlem av EØS, blir å regne som et tredjeland i henhold til direktivet. Et tolkningsspørsmål blir hva slags (faktiske) handlinger skal til for at det dreier seg om en overføring? Er det kun fysiske overføringer direktivet er ment å ramme? Typisk sending av dokumenter, eller vil elektroniske overføringer via Internett også være en del av betydningen?

Kommisjonen har uttalt at ved mangel av en legal definisjon skal overføring tolkes i tråd med en naturlig språklig forståelse,⁴⁵ slik at en overføring er ment å ramme tilfeller der det skjer en overgivelse fra en person, objekt, gruppe etc., til en annen. At det kun dreier seg om en overføring, er ikke tilstrekkelig for at direktivet skal komme til anvendelse.⁴⁶ Det må videre foretas en behandling av personopplysningen, eller man må ha en slik hensikt etter overføringen («...undergoing processing or are intended for processing...»)⁴⁷ Det vil si at en person som tar med seg dokumenter som inneholder personopplysninger på en reise til et tredjeland, vil ikke komme under direktivets definisjon av «overføring», når han verken behandler eller har intensjonen av å behandle personopplysningene.

EF-domstolen tolket «overføring» i Bodil Lindqvist saken (Bodil Lindqvist mot Åklagarkammaren i Jönköping)⁴⁸ slik at opplasting til en hjemmeside på Internett, ikke skulle anses som overføring til tredjeland. Retten resonnerer seg frem ved å se på virkningene av et motsatt resultat vurdert opp mot formålet med direktivet. Etter rettens mening ville et motsatt resultatet føre til en generell regulering av Internett, noe som

⁴⁵ Carey 2004 s. 102

⁴⁶ Se eksempler på overføring Complex 6/02 s.26 flg.

⁴⁷ Direktivet art. 25(1)

⁴⁸ EF-dom av 06.11.2003 sak 101/01

presumtivt ikke var «lovgiver» sin hensikt.⁴⁹ Retten la ikke avgjørende vekt på at man kunne laste ned siden fra et tredjeland. Dommen er prinsipiell fordi den klargjør hva som tidligere var et uavklart tolkning spørsmål⁵⁰ og viser videre hvordan retten veier de forskjellige rettskilder.

Rettstilstanden blir her at man skiller mellom opplasting og nedlasting mot overføring, siden man i den sist nevnte måten vil kreve en mer aktiv deltagelse i innhenting av personopplysningene.⁵¹ Dommen avgrenses til kun å gjelde forhold der vedkommende laster opp personopplysninger på en nettleverandør sin server, og en annen laster den ned. Retten begrunner en slik avgrensning med at det ikke foregår en direkte overføring mellom nedlaster og opplaster.⁵²

3.2 Hva menes med et tilstrekkelig beskyttelse?

Art. 25(1) i direktivet setter et forbud mot overføring av personopplysninger til tredjeland som ikke har et tilstrekkelig vernnivå («...adequate level of protection.»). Hva som igjen skal ansees som tilstrekkelig må vurderes «...på bakgrunn av alle forhold som har innflytelse på overføringen eller på en kategori av overføringer» heter det i art. 25(2).⁵³

Spørsmålet blir så hvilket innhold har begrepet? Betyr «tilstrekkelig beskyttelse» det samme som «tilsvarende beskyttelse» («equivalent»), slik kravet er etter konvensjonen art. 12?

Etter en naturlig språklig forståelse er kravet «tilstrekkelig beskyttelse» mindre strengt enn «tilsvarende beskyttelse». Hovedregelen etter konvensjonen er at det skal være fri flyt av personopplysninger. Når personopplysningens art tilsier det, kan man begrense

⁴⁹ Jfr. Lindqvist dommens avsnitt 68 og 69 (engelsk versjon)

⁵⁰ Jfr. NOU 1997:19 s. 98

⁵¹ Jfr. Lindqvist dommens avsnitt 60

⁵² Ibid. avsnitt 61 «...were not directly transferred between those two people but through the computer infrastructure of the hosting provider where the page is stored.»

⁵³ Norsk versjon

overføringen, men ikke hvor mottakeren kan vise til tilsvarende beskyttelse.⁵⁴ Spørsmålet blir så om man skal tolke «tilstrekkelig» i direktivet på samme måte?

En så streng tolkning vil gi «tilstrekkelig» like streng mening som «tilsvarende», noe som det ikke er grunnlag for. Tilstrekkelighetskravet må på bakgrunn av dette tolkes slik at mangler hos mottakerlandet kan avhjelpes. Dette gir en god sammenheng med de momentene i art. 25(2), som skal vurderes etter en helhetsbedømmelse. Vurderingstemaene i art. 25(2) må sees i sammenheng med art. 26, som inneholder en rekke unntak fra forbudet om overføring til tredjeland.

3.2.1 Hva måles tilstrekkelighetsnivået etter?

De rettigheter og plikter som er nedfelt i direktivet, er bygd på tidligere reguleringer som konvensjonen, OECDs retningslinjer og nasjonale regelsett. Det er således grunn til å tro at det finnes en bred oppslutning bak personvernreglene utover EØS-landene. Ut ifra dette kan man utlede en rekke kjerneprinsipper som de forskjellige reguleringene er ment å sikre.⁵⁵ For at disse prinsippene skal ha en praktisk betydning, må et effektivt system være på plass, for å sikre at de blir etterfulgt. En slik tilnærming fordrer således at «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») innebærer to grunnelementer. For det første at man har et regelsett som er (materielt) anvendelig og for det andre at man har en effektiv håndhevingsmulighet. Europeiske land har historisk sett inntatt personvernprinsippene i lovgivningen. Noe som har gitt brudd på prinsippene sanksjonsfølger og individer rettsmidler til å forfølge dem.

Med utgangspunkt i personverndirektivet har artikkel 29 gruppen⁵⁶ utarbeidet en rekke personvernprinsipper⁵⁷. Prinsippene er ikke ment å være uttømmende eller bastante, men mer som et utgangspunkt som tilføres eller reduseres etter de krav personopplysningene

⁵⁴ Se Bygrave 2002 pkt. 4.4, 11.2 og 11.3

⁵⁵ Se Bygrave 2002 kap. 3 «Core Principles of Data Protection Laws»

⁵⁶ Etablert etter direktivets art. 29(1) (Working Party eller fork. WP)

⁵⁷ Se WP:12 minimumsliste over personvernprinsipper s.6-7

setter. F.eks. antas det at sensitive personopplysninger⁵⁸ vil ha større skade potensiale for den registrerte, enn ikke sensitive personopplysninger. Følgelig kreves det større forsiktighet ved behandling eller overføring (medfører således til at prinsippene blir strengere praktisert) av slike personopplysninger. Slik at kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») vil variere fra sak til sak.

Prinsippene som artikkel 29 gruppen har utarbeidet og som benyttes ved en vurdering av om en ordning tilfredsstiller kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») er som følger. «**The purpose limitation principle**» prinsippet innebærer at personopplysninger kun bør behandles etter et klart definert formål. Personopplysningene kan senere bli brukt og overført, så lenge det ikke er uforenelig med formålet som personopplysningene ble innhentet etter. «**The data quality and proportionality principle**» understreker at personopplysninger bør være nøyaktige, oppdatert, relevante og ikke overflødig i forhold til formålet. «**The transparency principle**» viser til den registrertes behov for å få informasjon vedrørende hvem som skal behandle personopplysningene og etter hvilket formål. «**The security principle**» understreker at det er den behandlingsansvarliges oppgave å ta de nødvendige tekniske og organisasjonelle sikkerhetstiltak, for farer som måtte oppstå ved behandling av personopplysningene. «**The right of access, rectification and opposition**» viser til at den registrerte bør ha en rett til innsyn i egne personopplysninger og retting av personopplysninger som er unøyaktig. Videre åpner prinsippet for at den registrerte i visse situasjoner skal få en mulighet til å motsette seg behandlingen av personopplysningene. «**Restifications on onward transfers**» innebærer at en videreføring fra en mottaker (som tilfredsstiller kravet til «tilstrekkelig beskyttelse») kan bare skje, når også denne mottakeren tilfredsstiller kravet.

Siden kravet «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») varierer etter som hvilke personopplysninger som ønskes overført, må det tas konkrete vurderinger i hvert enkelt tilfelle.⁵⁹

⁵⁸ Se direktivet art. 8 (samt pol. § 2 nr. 8)

⁵⁹ Ibid. art. 25(2)

Hvor grensen går for at man kan sies å oppfylle kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), blir etter en helhetsvurdering avhengig av om mottaker staten (eller behandlingsansvarlig) beskytter personvernprinsippene i en tilstrekkelig grad. Tolkningsresultatene vil kunne variere fra medlemsland til medlemsland, siden man kan forvente at de nasjonale vedtakelsene av direktivet kan variere, samt at de nasjonale tolkningsstradisjoner er ulike. Kommisjonen spiller her en viktig rolle som et harmoniseringsorgan, siden det er kommisjonen som avgjør om et land tilfredsstiller kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»).

4 Safe Harbor

4.1 Innledning

EUs innføring av personverndirektivet skapte bekymringer for USAs internasjonale selskaper. USAs manglende personvernregulering kunne føre til at landet ikke ville tilfredsstille kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») i henhold til art. 25(1). Dette ville igjen medføre at eksporttjenester til EU, som alene utgjorde \$70 milliarder i 1996 av et handelsoverskudd⁶¹ på \$80 milliarder,⁶² ville bli truet.⁶³

“The relationship between the United States and Europe is the engine of the world economy and information flow is the oil that keeps the machinery running”.

Sitatet illustrerer betydningen av fri flyt av informasjon, og dens sammenheng med global handel. EU sin «handelsboikott» mot land som ikke tilfredsstilte kravet, gjorde at United

⁶⁰ Ibid. art. 25(6)

⁶¹ Det vil si når eksport tjenester overstiger import tjenester

⁶² Se UNZ & Co, A Basic guide to exporting <http://www.unzco.com/basicguide/c8.html> (sett 06/04-05)

⁶³ I 1997 eksporterte USA \$253,6 milliarder i varer og tjenester og importerte \$270,3 milliarder i varer og tjenester fra EU (Shaffer 2000 s. 39)

⁶⁴ Long og Quek 2002 s. 326 sitat fra Hirst og Thompson 1999

States Department of Commerce⁶⁵ i oktober 1998 gikk til forhandlinger med kommisjonen for å komme frem til en tilfredsstillende løsning.⁶⁶ Det var enighet fra begge sider om at en styrking av personvernet var viktig. Diskusjonen var hvilken tilnærming som skulle benyttes i styrkingen av personvernet.⁶⁷

EU ønsket at USA skulle innføre nye lover for å kunne beskytte EU-borgere. Ny lovgivning ville innebære en rekke rettigheter som skulle bygges på OECDs sine prinsipper, som USA tidligere hadde akseptert. Håndhevingsmekanismene ville i mange måter tilsvare de i personverndirektivet.

USA på sin side var i mot ny lovgivning,⁶⁸ begrunnelsen for dette var flere, en av disse var at ny lovgivning ville påføre selskapene unødig store kostnader, som igjen ville innebære større utgifter for forbrukerne.⁶⁹ Man ønsket heller at EU skulle godta deres sektor delte lovgivning og selvreguleringssystem som tilstrekkelig beskyttelse. Selvreguleringsmodellen innebar blant annet bransjevise normer, og merking av blant annet nettsteder som overholdt disse bransjenormene.⁷⁰

Innvendinger mot selvreguleringsmodellen ble anført i det slike reguleringer var nytteløse, når man samtidig ikke ga effektive sanksjonsbestemmelser ved brudd på normen. DOC på sin side kritiserte EU sin tilnærming ved å kalle den «top-down approach».⁷¹ Selv om EU sin løsning gir individer en mulighet til å håndheve sine rettigheter, og forsikre seg

⁶⁵ Her etter DOC

⁶⁶ USA «truet» med å innklage EU innfor WTO sine organer, hvis EU forbydde overføring av personopplysninger til USA (jfr. Shaffer 2000 s. 47).

⁶⁷ Farrell 2003 s. 291

⁶⁸ FTC var for en ny lovgivning og uttrykte sin skepsis mot selvregulering i FTCs Privacy Report av mai 2000 som ble overlevert til kongressen. På bakgrunn av en spørreundersøkelse, ble det konstatert at kun 20 % av alle nettsteder som samlet inn personopplysninger benyttet de fire personvern prinsipper (notice, choice, access and security). <http://www.ftc.gov/reports/privacy2000/privacy2000.pdf> (sist sett 06/04-05)

⁶⁹ Se her kommissær Orson Swindle dissenterende bemerkninger i FTC Privacy Report 2000. For en oversikt over kostnader forbundet med personvern, se Kent Walker «THE COST OF PRIVACY» Harvard Law Review 2001/2002, samt Shaffer 2000 s. 17 flg.

⁷⁰ Se prepared statement of the federal trade commission on “self-regulation and privacy online” <http://www.ftc.gov/os/1999/07/privacyonlinetestimony.pdf> (sist sett 14/09-05)

⁷¹ Se Shaffer 2000 s. 44. Swire/Litan s. 50 mener at språket i direktivet styrker antagelsen om at det er et hierarkisk oppbygd system.

at selskapene etterlever prinsipielle rettigheter som blant annet finnes i selvreguleringsmodellen.⁷²

De ulike synspunkter på personvern har sin naturlige forklaring i de grunnleggende holdningene spørsmålet har hatt innad i henholdsvis Europa og USA.⁷³ I Europa har personvern blitt sett som en grunnleggende menneskerettighet.⁷⁴ Det europeiske samfunnet har således prøvd å beskytte individers rettigheter gjennom en aktiv og preventiv regulering av privat og offentlig sektors behandling av personopplysninger. I motsatt retning har USA behandlet personvern mer som en forbrukerrettighet. Slik at man har fått en mer næringslivsvennlig regulering og større fokus på å begrense den offentlige sektor, i stede for den private.

Selv om man var enige om prinsipielle spørsmål, ble det ikke enighet om hvordan man skulle håndheve de. EU utsatte håndhevingen av direktivet ovenfor USA, så lenge forhandlingene skulle vare (1998-2000).

I teorien⁷⁵ er det satt spørsmålstegn ved gyldigheten av SHA. Det begrunnes med at kommisjonen kun har hjemmel (art. 25(5)) til å avhjelpe tredjeland som ikke tilfredsstiller kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), etter at man formelt har påvist at tredjelandet ikke tilfredsstiller kravet i art. 25(2) (jfr. art. 25(4)). Siden man aldri formelt påviste at USA ikke tilfredsstilte kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») etter art. 25(4), hadde man følgelig heller ikke hjemmel etter art. 25(5) til avhjelpe situasjonen ved å inngå SHA.⁷⁶

⁷² For en mer detaljert beskrivelse av Safe Harbor forhandlingene se Farrell 2003 s. 291 flg.

⁷³ Se Bygrave:2004 s. 326 kap. 4 «Societal and Cultural Support for Privacy»

⁷⁴ Se Simitis 1998 s. 353-354

⁷⁵ Se Reidenberg 2001 s. 741-742

⁷⁶ I art.25(5) heter det at kommisjonen skal på egnet tidspunkt («At the appropriate time...») inngå forhandlinger med henblikk på å avhjelpe situasjonen. Kommisjonen har etter bestemmelsen et rettsanvendelsesskjønn med tanke på når en avtale skal inngås. Denne kompetansen er avhengig av en formel påvisning, og avstemning i komitéen i henhold til art. 31(2) (jfr. 25(4)).

En slik tilnærming blir etter mitt skjønn et noe formalistisk og teoretisk syn, sett på den situasjon man var i før forhandlingene av SHA ble innledet. Et brudd i dataoverføringene mellom EU og USA var en sannsynlig og overhengende fare, som man ønsket å få en hurtig og diplomatisk løsning på. Ved å påvise manglende tilfredsstillelse av kravet (i henhold til art. 25(4) jfr. (2)), ville man oppnå flere uønskede situasjoner.

For det første ville en formell påvisning om at USA ikke tilfredsstilte kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), gjøre det vanskelig (hvis ikke umulig) for kommisjonen å opprettholde overføringene av personopplysninger til USA, når forhandlingene pågikk. En utsettelse i håndhevingen av direktivet ovenfor USA ville etter art. 25(4) trolig ikke være mulig. Bakgrunnen til det er at medlemslandene er pliktige til å hindre overføring av opplysninger til et tredjeland, når kommisjonen har påvist at landet ikke tilfredsstiller kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»).

For det andre var/er USA en mektig motpart, blant annet fordi det er det største «utenlandske» markedet for EU sine selskaper. Personverndirektivet var på denne tiden i implementerings fasen rundt om i EØS-landene, da mange land ikke hadde implementert direktivet innen fristen. Et mulig brudd i overføringene til USA kunne skape ytterligere forsinkelser i denne prosessen. Det at avtalen kom på plass uten brudd i data overføringene til USA, var trolig en viktig faktor for direktivets oppslutning.

At USA ikke tilfredsstilte kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), var bakgrunnen for forhandlingene, og således underforstått mellom partene. Det at ikke art. 25(4) (direkte) hjemler en slik fremgangsmåte, men forutsetter et brudd i data overføringene, kan etter mitt syn ikke være avgjørende.

Det bærende hensyn blir etter mitt skjønn at kommisjonen bør innvilges en handlefrihet som er praktisk anlagt, og som samtidig gir muligheter til å verne om fellesskapets interesser. På den andre siden er det et legitimt behov for medlemslandene å ville beholde den politiske kontrollen (jfr. art. 31(2)) over viktige beslutninger. Noe de ikke får anledning til når kommisjonen ikke fremlegger saken i henhold til art. 25(4) (jfr. art. 31(2)).

4.1.1 Formålet med Safe Harbor

Formålet til SHA er å få amerikanske behandlingsansvarlige til å tilfredsstille direktivets krav til «adequate protection».⁷⁷ Begge parter ønsket å unngå et brudd i dataoverføringen, men ingen så en klar løsning på problemet. Det var viktig å få på plass en avtale, ikke bare fordi man ville gå glipp av store handels inntekter, men også fordi det kunne få en negativ virkning på tollforhandlinger og andre gjensidige avtaler.⁷⁸ Kommisjonen og DOC inngikk avtalen til tross for at henholdsvis arbeidsgruppen (working party)⁷⁹, Europa Parlamentet⁸⁰ og FTC hadde sine reservasjoner.⁸¹

4.1.2 Hvordan fungerer Safe Harbor avtalen?

SHA er en selvregulerings avtale som (kun) amerikanske organisasjoner⁸² frivillig inngår for å tilfredsstille personverndirektivets krav til «adequate protection» (tilstrekkelig beskyttelse). Organisasjonene forplikter seg til å tilfredsstille en liste av forpliktelser ovenfor DOC.

Gjennom FTCs lovfestede rett⁸³ til å reise tiltale mot organisasjoner som utøver en «bedragersk virksomhet», blir direktivets art. 22 tilfredsstilt. «The Department of Transportation»⁸⁴ har videre hjemmel (jfr. Title 49 United States Code Section 41712) til å hindre en transportør som bedriver en uredelig eller villedene praksis, eller en uredelig eller villedene arbeidsmetode ved salg av befordring, som kan resultere i at en forbruker blir skadelidende (jfr SHA vedlegg 6). Departementet igangsetter sakene etter egen

⁷⁷ Jfr. COMMISSION DECISION of 26 July 2000 (200/520/EC) art. 1(1) (se fotnote 3 for tilgjengelighet)

⁷⁸ Shaffer 2000 s. 45

⁷⁹ Se WP:32

⁸⁰ Se Europa Parlamentet sine bemerkninger av 22. juni 2000

http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/adequacy/0117-02_en.pdf (sist sett 08/09-05)

⁸¹ Se FTCs Privacy Report av mai 2000 (se fotnote 68)

⁸² Begrepet er ikke definert i Safe Harbor avtalen som kan medføre at direktivets begrep «behandlingsansvarlig» og Safe Harbor avtalens begrep «organisasjon» får ulike innhold.

⁸³ Jfr. section 5 of the Federal Trade Commission Act

⁸⁴ Heretter DOT

etterforskning, og ved formelle og uformelle klager fra individer, reiseselskaper og fra amerikanske og utenlandske statlige kontorer (jfr. SHA vedlegg 7).

SHA består primært av syv prinsipper som er supplert med svar på femten ofte stilte spørsmål («frequently asked questions»)⁸⁵. Direktivet åpner for en slik ad hoc løsning etter art. 25(5 og 6) jfr. Art. 31(2). Dette gir den (eksporterende) behandlingsansvarlige muligheten til å overføre personopplysninger til USA uten tilleggsgarantier, når den importerende organisasjonen er tilsluttet SHA.

4.2 En gjennomgang av Safe Harbor avtalen

4.2.1 Innledning

For å gi en meningsfull analyse av SHA, må «adequate protection» begrepet sies å dekke to elementer. Begrepet må innbefatte de materielle reglene i SHA, samt de virkemidlene som skal sikre en effektiv anvendelse av dem.⁸⁶ Det må videre presiseres at det først og fremst er den amerikanske rettskildelære som gjør seg gjeldende ved tolkning av SHA.

Problemstillinger som SHA reiser, må løses etter (intern) amerikansk rett. Unntak fra denne løsningen kan likevel tenkes ved samarbeid med europeiske tilsynsmyndigheter.⁸⁷

I det følgende vil enkelte sider av SHA bli sammenlignet med direktivet,⁸⁸ for å se om den tilfredsstiller kravet til tilstrekkelig beskyttelse («adequate protection»).

4.2.2 Rekkevidde («Scope»)

Personverndirektivet har som tidligere nevnt et bredt virkeområde,⁸⁹ det samme kan ikke sies om SHA. Slik avtalen er i dag er viktige sektorer som finans (det vil si banker,

⁸⁵ Heretter FAQs

⁸⁶ Se pkt.3.2.1

⁸⁷ Eksempelvis ved personopplysninger som «Human Resources» (personalressurser), som sendes innad i et konsern eller bedrift (jfr. FAQ 9 nr.1) vil følge opprinnelses landets rettskildelære.

⁸⁸ Det vil si de prinsippene direktivet er ment å beskytte.

⁸⁹ Gjelder ikke for virksomhet som faller utenfor EF-retten (jfr art. 3)

forsikring og kreditt institusjoner) og telekommunikasjon ikke en del av SHA.⁹⁰ Det er videre tvilsomt (i teorien) om avtalen kan dekke personopplysninger om bedriftens ansatte «Human Resources» (personalresurser). Grunnen til det er blant annet at man (i USA) ikke har et kompetent håndhevningsorgan som kan føre tilsyn innefor disse sektorene,⁹¹ noe som gjør at SHA blir mindre anvendelig og snevrere i bruk.

Det er videre gjort et unntak for amerikanske organisasjoner i de tilfeller SHA strider mot amerikansk lov.⁹² Der hvor loven påbyr en bestemt adferd,⁹³ er den amerikanske organisasjonen forpliktet (også etter SHA) til å følge påbudet. Men når loven gir et valg, må den amerikanske organisasjonen opptre i overensstemmelse med SHA.⁹⁴

SHA gjelder kun for overføring av personopplysninger fra et EØS land til USA. Personopplysninger en amerikansk organisasjon behandler i et EØS land, reguleres etter det aktuelle lands nasjonale regelverk.

SHA dekker alle personopplysninger mottatt av en amerikansk organisasjon som faller inn under avtalen. Dette medfører at amerikanske organisasjoner kan operere med forskjellige regelsett avhengig av hvilket opphav personopplysningene har, noe som lett kan skape utilsiktede feiltolkninger. Ved ikke å ha en uniformert regel, kan de forskjellige betydningene begrepene har innenfor de forskjellige ordningene by på vanskeligheter. «Sensitiv personopplysning» har for eksempel ikke det samme innhold under de forskjellige regimene (SHA og amerikansk intern rett). En amerikansk databehandler vil

⁹⁰ Se SHA vedlegg 3 for en oversikt over saksområder som er dekket og unntatt avtalen. Idealistiske organisasjoner dekkes ikke av FTC sin hjemmel og følgelig heller ikke av SHA.

⁹¹ Se blant annet artikkel 29 gruppen sin bemerkning WP:32 s. 4 «The Working Party is also concerned that enforcement for employment data relies only on the cooperation of the DPAs rather than ADR bodies». Se også Joel R. Reidenberg & Privacy Laws & Business, "The Functioning of the US-EU Safe Harbor Privacy Principles" (uavhengig konsulent rapport av 21/09-01, tilgjengelig fra EU kommisjonen)

⁹² Når forskning er finansiert eller delvis finansiert av det offentlige, forutsettes det i amerikansk lovgivning at publikum får fri tilgang til opplysningene. Dette fører til at data som ville vært «beskyttet» under direktivet, ikke blir det under Safe Harbor avtalen (Se FAQ 14 svar på spørsmål nr. 1 der det heter at data fra farmasøyt forskning «bør» («should») være anonymisert når det er passende). Se artikkelen «Government-Financed Medical Research to Go Online» <http://12.31.13.48/healthnews/healthday/050204HD523826.htm> (sist sett 09/04-05) (Se også evalueringsrapporten pkt. 4.2 se fotnote 141 for referanse).

⁹³ Her kreves det at unntaket er nevnt eksplisitt og ikke der hvor loven er taus

⁹⁴ Se Safe Harbor avtalen vedlegg 4 (jfr WP:27 s. 5)

således kanskje ikke intuitivt innbefatte medlemskap i en fagorganisasjon som sensitiv data, slik det er etter SHA.⁹⁵

En annen svakhet i SHA er uteblivelsen av klare definisjoner på sentrale begreper, slik man har i personverndirektivets art. 2. Dette fører til at innholdet av begrepet som f.eks. «US organization» blir uklart, når man i avtalen ikke gir svar på om det skal ha samme betydning som en behandlingsansvarlig etter direktivet. Manglene presiseringer av sentrale begreper gjør det således vanskelig å tolke avtalen entydig.

4.2.3 Valg «Choice»

Personverndirektivets art. 6 litra b kodifiserer formålsbestemthetsprinsippet. Prinsippet innebærer blant annet at personopplysninger skal behandles til uttrykkelig angitte, legitime formål og kun brukes i samsvar med disse formål.⁹⁶ Videre heter det at behandling som er uforenlig med formålet ikke skal finne sted (jfr. art. 6 litra c).

Etter SHA («choice» prinsippet) må den behandlingsansvarlige kun gi den registrerte en mulighet til å «hoppe av» («opt out»), når personopplysningene skal avsløres («disclose») ovenfor en tredjepart, eller skal behandles for et annet formål enn den som forelå ved innhenting, eller til det den registrerte hadde samtykket til.⁹⁷

Utgangspunktet i henholdsvis personverndirektivet og SHA er således helt ulikt. I SHA vil bruk av personopplysninger til andre formål, og avsløring til tredjepart være lov, så lenge den registrerte gis en tydelig og hurtig mulighet til å «hoppe av» (dvs. nekte slik bruk). En slik løsning ville etter direktivet ikke vært anvendelig.

Personopplysningens relevans blir vurdert etter det formål (eller samtykke) den behandles etter, noe som innebærer at formålet må være adekvat definert. Dette er spesielt viktig

⁹⁵ Se Safe Harbor avtalen under «Choice» prinsippet

⁹⁶ Jfr. pkt. 3.2.1

⁹⁷ Muligheten til å «hoppe av» gjelder også, når personopplysninger ønskes brukt til forenlig, men forskjellig formål.

siden antall data, kvaliteten og hvilke personer som er kompetente til å behandle eller ha tilgang til personopplysningene ikke kan evalueres riktig, når man ikke har et adekvat definert formål.

Et grunnleggende spørsmål som her reiser seg er om personvernet skal være noe som man kan forhandle om (ved hjelp av et valg)? Som i realiteten betyr at den registrerte selv må handle (velge) for å kunne sikre sine personopplysninger.

Ved å åpne for en slik løsning, begrenser man samtidig legitimiteten til et samtykke betraktelig. Den behandlingsansvarlig vil være mer tilbøyelig til å benytte seg av muligheten til å gi den registrerte en mulighet til å nekte videre behandling av personopplysninger, enn og måtte innhente samtykke. Grunnen til dette er at kostnadene ved innhenting av samtykke er betydelig større enn kun å gi den registrerte en mulighet til å nekte videre behandling. Jeg er videre av den oppfatning at sjansene for at den registrerte samtykker, er mindre enn at vedkommende vil nekte. Slik at de amerikanske organisasjonene har etter mitt skjønn, mye å tjene ved å velge en nektelses mulighet fremfor samtykke innhentelse.

Denne løsningen i SHA er kun valgt for personopplysninger som ikke er sensitive. Ved sensitive personopplysninger, må den registrerte gi sin bekreftende eller eksplisitt mening («opt in») før opplysningene kan videre behandles.

4.2.4 Tilgang «Access»

At den registrerte har tilgang til sine registrerte personopplysninger er et grunnleggende prinsipp (rett til innsyn). Ved en slik innsynsrett kan den registrerte kontrollere at de opplysningene som den behandlingsansvarlige har registrert er korrekte, fullstendige og ikke går utover det formålet (eller samtykke) den behandlingsansvarlige har angitt. Man er således avhengig av å ha tilgang til sine personopplysninger, for å benytte seg av andre rettigheter som direktivet (samt SHA) hjemler. Slik som å kreve personopplysninger endret og/eller slettet (jfr. art. 12 litra b). Innsyn er etter dette nødvendig for at den registrerte skal kunne ivareta sine interesser.

SHA har flere derogasjoner fra personverndirektivet, uten at det har gjort utslag i avtalens rekkevidde. Et eksempel vil her være FAQs nr. 8(7-8), hvor man gjør et unntak i kravet til innsyn for personopplysninger som er offentlig tilgjengelig. Et slikt unntak foreligger ikke etter direktivet, som gir innsyn til all personopplysning som er registrert uansett om de er offentlig tilgjengelig (jfr. art. 12 litra a). SHA distingverer mellom offentlig og ikke offentlig tilgjengelig personopplysning. Dette gjør at byrden som blir pålagt en amerikansk organisasjon etter SHA blir noe mindre, enn tilsvarende plikter som en europeisk behandlingsansvarlig blir pålagt etter direktivet. Grunnen til det er at man etter SHA ikke er forpliktet til å gi den registrerte innsyn i de registrerte personopplysning som er offentlig tilgjengelig.

Fra et personvernspunkt har SHA sin løsning på dette punkt visse svakheter. Siden retten til innsyn er en individuell personverngaranti (dvs. tiltak som ivaretar personvernet), forutsettes det som regel aktive og godt orienterte mennesker til å dra nytte av dem. Det er således av betydning at forholdene rundt personverngarantiene blir lagt til rette, slik at de ikke kun har en symbolverdi. Det at ikke den behandlingsansvarlige er forpliktet til å fremlegge offentlig tilgjengelig personopplysninger, bidrar til å gjøre den registrertes rett til innsyn tyngre, siden den registrerte selv må innhente de personopplysningene fra de offentlige organene.

Det at man har overført byrden fra den behandlingsansvarlige til den registrerte i SHA, minsker de amerikanske organisasjonenes kostnader tilsvarende. Med kostnader menes her de ressurser som organisasjonen bruker til å utlevere personopplysningene til de registrerte..

SHA åpner videre for et unntak i retten til innsyn ved å henvise til et proporsjonalt eller rimlighetsprinsipp («proportionality or reasonableness»)⁹⁸. Med det menes at den behandlingsansvarlige ikke trenger å gi den registrerte tilgang, når det ikke står i forhold til

⁹⁸ Se FAQ 8

den kostnad eller det besvær den behandlingsansvarlige påføres. Retten til innsyn er etter dette ikke absolutt, men må tilpasses de konkrete situasjonene. En del hypotetiske unntakstilfeller er ramset opp i FAQ 8.⁹⁹ Enkelte av tilfellene går betydelig lenger enn unntak gitt i personverndirektivet.¹⁰⁰ Fremfor alt trenger ikke det unntaket som den behandlingsansvarlige benytter seg av, være direkte gjeldende mot den aktuelle søkeren (den registrerte). Etter FAQ 8 vil frykten for at konkurrerende selskaper skal få innsyn i opplysningene, være grunnlag for en innskrenkelse eller et avslag i innsyns retten. Videre vil uforholdsmessige kostnader forbundet med innsyn i personopplysningene, være et grunnlag for nektelse. I det siste tilfelle kan den registrerte tilby å dekke kostnadene, slik at den behandlingsansvarlige ikke kan nekte innsyn.¹⁰¹

Den «organisasjonen» som påberoper seg et av unntakene i innsynsretten til den registrerte er ansvarlig for at unntaket er anvendelig. Likevel er ikke «organisasjonen» pliktig til å gi den registrerte en begrunnelse for et avslag eller innskrenkning i innsynsretten.¹⁰²

Ved å se unntakene og «retten» til tilgang i en sammenheng, blir den redusert til en simpel interesse. En interesse som blir vurdert ved siden av andre hensyn, men som blir enda mer relevant, siden vurderingens utfall har stor betydning for den registrertes mulighet til å sikre sine personopplysninger.

Siden unntakene er så vagt formulert og vekten til de motstridende hensyn uklare, blir en fortolkning av disse hensynene av stor betydning.¹⁰³

4.2.5 Håndheving «Enforcement»

Personvern er etter personverndirektivet¹⁰⁴, Verdenserklæringen fra 1948¹⁰⁵ og Den europeiske menneskerettskonvensjonen¹⁰⁶ en grunnleggende rettighet. Både EMK og

⁹⁹ Se FAQ 8 nr.5

¹⁰⁰ Sammenlignet med art.13(1) som hjemler konkrete unntak og restriksjoner for (blant annet) rett til innsyn.

¹⁰¹ se FAQ 8 nr. 6

¹⁰² Jfr. FAQ 8 nr. 5 i.f. («should»)

¹⁰³ Bemerkningene gjør seg også gjeldende under «choice» prinsippet pkt.4.2.3

direktivet hjemler individers rett til å bli hørt av et uavhengig organ.¹⁰⁷ I SHA blir denne retten delvis regulert gjennom håndhevingsprinsippet. Håndhevingsprinsippet er trolig det viktigste og kanskje mest problematiske prinsippet i SHA. Det understrekes blant annet ved at man har fire FAQs til å forklare og utdype prinsippet.¹⁰⁸

Det er særlig tre hensikt håndhevingsprinsippet bør ha som mål å oppnå.¹⁰⁹ For det første bør den fungere slik at flest mulig etterlever SHA. For det andre bør ordningen fungere slik at den støtter og hjelper individer (de registrerte) i deres utøvelse av sin(e) rettighet(er). Og for det tredje å gi passende rettshjelp, når reglene ikke etterleves.

Før man ser på om håndhevingsprinsippet i SHA oppnår de nevnte målene, må oppmerksomheten bli satt på det faktum at Safe Harbor prinsippene ikke bare håndheves av selvregulering¹¹⁰ alene. Den er til syvende og sist støttet hovedsakelig av en klage adgang til de offentlige amerikanske institusjonene FTC og DOT.¹¹¹ En slik klageadgang vil sannsynlig bli benyttet ved urimelige og villedende handlinger (eller praksis). Det å bringe en klage inn til FTC (samt DOT), representerer således den ytterste grense for håndheving av personopplysninger i Safe Harbor systemet.

FTC ble ikke etablert slik som de europeiske tilsynsmyndighetene til å verne om individers personvern, men for å sikre pålitelig handel for forbrukere. Det begrenser således (de facto) FTC sine intervensjonsmuligheter på personvernområdet. FTC uttrykker selv denne

¹⁰⁴ Art. 1

¹⁰⁵ Verdenserklæringen er ikke folkerettslig bindende, men har stor moralsk og politisk autoritet. Av erklæringens tretti artikler angår art. 12 personvern mest direkte.

¹⁰⁶ Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 4 November 1950 (heretter EMK) art. 8

¹⁰⁷ Se direktivets art. 28 nr. 4 og EMK art. 6(1)

¹⁰⁸ FAQs nr. 5,6,7 og 11

¹⁰⁹ WP:4 pkt. 3(ii)

¹¹⁰ Selvregulering vil i denne oppgaven bety enhver sett av personvernregler som anvendes av et flertall av behandlingsansvarlige fra samme profesjon eller bransje (sektor), og hvor innholdet er blitt bestemt hovedsakelig av aktører innenfor profesjonen eller bransjen (sektoren) som er berørt.

¹¹¹ Siden det er FTCs kompetanse som står sentralt i Safe Harbor avtalen, vil jeg forholde meg til deres kompetanse grunnlag.

manglende kompetansen i SHA.¹¹² Kompetanse til å tolke og godkjenne reguleringer (selv om det dreier seg om selvregulering som i SHA), vil FTC etter dette ikke være kompetente til å gjøre. FTCs myndighet ligger i å vurdere om en ordning er redelig eller villedene i forhold til forbrukere, når den behandlingsansvarlige har gitt en offentlig kunngjøring om sin behandling. FTCs handlingsevne blir således marginal, når man også tar i betraktning institusjonen sin praksis på personvernet sitt område.¹¹³ Manglende definisjoner (som tidligere understreket) og vage formuleringer gjør behovet for et tolkningskompetent organ innenfor SHA ualminnelig stor.

Spørsmålet blir således hvilken kompetanse FTC har ovenfor en organisasjon som påberoper seg et av unntakene¹¹⁴ i den registrertes rett til innsyn? Når organisasjonen ikke kan sies å ha handlet uredelig eller villedende, men i god tro etter sine overbevisninger. I en slik situasjon må konklusjonen om et mulig brudd komme som et resultat av en tolkning av SHA, og ikke av selve teksten. En slik tolkning er FTC etter dette ikke kompetente til å foreta.

Når man vurderer en regulering, er et viktig kriterium i hvilken grad reglene lar seg håndheve. Den manglene sammenheng mellom behovet for å føre tilsyn over organisasjonenes oppfyllelse av SHA, og FTCs tilsynskompetanse, er med på å undergrave troverdigheten av SHA. I den forbindelse blir f.eks. spørsmålet om en sammenslutning som vedtar en selvregulering, representerer flertallet i bransjen av mindre betydning.

Reguleringens muligheter til å sanksjonere mot brudd på normene, blir således av vesentlig større interesse

¹¹² Se avtalens vedlegg 3

¹¹³ Se her avgjørelse mot Geocities av 12 feb. 1999 <http://www.ftc.gov/os/1999/02/9823015.do.htm> (sist sett 25/03-05) som omhandler salg av personopplysninger innhentet på selskapets nettsted, i strid med selskapets personvern erklæring. Selskapet ble pålagt å bedre behandlingen av person opplysningene. Se her også FTC v. Reverseauction.com, Inc. av 6 jan. 2000 <http://www.ftc.gov/os/2000/01/reverseconsent.htm> (sist sett 25/03-05). Omhandler et selskap som hadde erklært at de ville respektere personvernet, men som likevel sendte «spam mail». Det ble inngått et rettsforlik mellom selskapet og FTC, som gikk ut på at selskapet måtte sende en «angre mail» til de som ble berørt. Sett på sakenes grove karakter vurdert opp mot utfallene, syntes jeg at «overtrederne» slapp billig unna. Om dette skyldes FTCs manglene evne eller vilje er for meg uviss.

¹¹⁴ Se pkt. 4.2.4

SHA inneholder i sin nåværende form to måter å håndheve brudd på prinsippene. Den første formen er (som nevnt ovenfor) gjennom FTCs¹¹⁵ lovgitte fullmakter, og den andre formen er gjennom alternative tvisteløsninger («alternative dispute resolution»)¹¹⁶ som må ha sitt utspring fra en selvreguleringsavtale¹¹⁷. Begge måtene er hver for seg ment å tilfredsstille håndhevingsprinsippet.

Uklarhetene reiser seg i mellomtiden når en organisasjon ikke følger påleggene til tvisteløsningorganet (ved brudd på selvreguleringen), eller ikke etterfølger et nasjonalt tilsynsvedtak.¹¹⁸ For det første pålegges det ingen plikt ovenfor et tvisteløsningorgan til å henvise «saken» til FTC (jfr. FAQ 11), når en »organisasjon» ikke vil følge organets pålegg. I tilfeller hvor tvisteløsningsorganet ikke henviser saken til FTC, må den/de registrerte innklage «organisasjonen» selv, for å kunne ivareta sine interesser. For det andre, selv om den registrerte kan klage «organisasjonen» inn til FTC, følger det ingen garanti fra FTC til å behandle «saken». Det gjelder selv om den registrerte ønsker hjelp til å håndheve tvisteløsningsorganets pålegg, eller til å bestride et slikt pålegg (eller manglende pålegg). FTC avgjør om saken skal forfølges videre med sitt diskresjonære skjønn, som ikke kan påklages videre. Det medfører at en registrert som klager over en organisasjons behandling av personopplysning, ikke har noen rett (slik som etter personverndirektivet og EMK) til å bli hørt etter SHA.

Den som klager (den registrerte) vil alltid etter SHA være en person fra et EØS land. FTC som et amerikansk tilsynsmyndighet vil nødvendig bruke de store resursene på å styrke europeiske borgers personvern.¹¹⁹ Det ville virke noe støtende ovenfor det amerikanske folk å bruke deres skattepenger til å gi europeiske personopplysninger et bedre vern, enn de

¹¹⁵ Samt DOT

¹¹⁶ forkortes ADR

¹¹⁷ Det kreves at selvreguleringen i det minste imøtekommer håndhevingsprinsippet samt FAQ's innhold. Videre må selvreguleringsavtalen være et regelsett som lar seg håndheve etter FTC's fullmakt (eller lignende).

¹¹⁸ Det er de nasjonale tilsyns myndigheter som har jurisdiksjon, når en ansatt klager over bruken av personalopplysninger (jfr. art. 4 i direktivet).

¹¹⁹ Se Reidenberg:2001 s. 746

selv har krav på. På den andre siden vil en avvergelse av et mulig brudd på data overføringer (den mest fryktede scenario), antagelig være verdt kostnadene tilsynskontoret måtte opparbeide seg.

Det har i teorien blitt stilt spørsmål ved DOCs memorandum¹²⁰ til kommisjonen angående anvendeligheten av amerikansk skadeserstatningslovgivning på personvernet sitt område.¹²¹ I memorandumet hevdes det at brudd på Safe Harbor prinsippene vil gi den registrerte en rekke krav, avhengig av de relevante omstendighetene. DOC mener at «organisasjonene» vil være ansvarlige etter eventuelle brudd på en selvregulering samt sedvanerett. Det blir videre hevdet at mange føderale og statlige vedtekter regulerer gjenoppretting av «skader» for individer som har blitt utsatt for en krenkelse på personvernet sitt område.. Kommisjonen stolte uttrykkelig på DOC sine uttalelser ved vurderingen av den amerikanske lovgivning.¹²² Mye av kritikken rundt disse forsikringene angår hvordan DOC fremstiller de nevnte hjemler. Det nevnes ikke at slike personvernskrenkelser som DOC ramser opp, aldri har blitt benyttet og er foreløpig kun en teoretisk mulighet.¹²³ Dette kan ha ført til at kommisjonen har fått en misvisende oppfatning av rettssituasjonen i USA. Etter dette er rettssituasjonen når en registret går til sak mot en «organisasjon» for mulig brudd på Safe Harbor prinsippene høyst uklare.

4.2.6 Fungerer Safe Harbor avtalen etter sitt formål?

Siden SHA ble etablert, har over 770 selskaper deltatt i ordningen.¹²⁴ Selv om det har vært en jevn økning de siste årene, er dette et lite antall sett på hvor mange selskaper som overfører personopplysninger mellom landene, og hvilke resurser som ble brukt på å få

¹²⁰ «Damages for Braches of Privacy, Legal Authorizations and Mergers and Takeovers in U.S. Law» fra 14. juli 2000. Memorandumet er inntatt i Safe Harbor avtalens vedlegg 4. Den finnes også tilgjengelig på <http://www.export.gov/safeharbor/PRIVACYDAMAGESFINAL.htm> (sist sett 13/04-05)

¹²¹ Se her Reidenber:2001 s. 745 som mener at uttalelsene er misvisende.

¹²² «Commission Decision» av 26. juli 2000 (2000/520/EC) art. 1(b)

¹²³ Tvert imot har flere domstoler avvist slik adgang (se Reidenberg:2001 s. 745 fotnote 169 for sakshenvisninger)

¹²⁴ <http://web.ita.doc.gov/safeharbor/shlist.nsf/webPages/safe+harbor+list> (sist sett 17-08-05)

avtalen i havn. Bakgrunnen for den manglende oppslutning, beror etter mitt skjønn på flere momenter som alene ikke er avgjørende.

En av årsakene til manglene amerikansk interesse for SHA, kan være at et flertall av amerikanske bedrifter ikke er så opplyste på hvordan personvernsituasjonen er i EØS-landene, slik at man av den grunn ikke er klar over de muligheter SHA kan tilby. Det er på det rene at det ikke er mange store multinasjonale selskaper på Safe Harbor sin deltagerliste, noe som også kan ha en påvirkningskraft ovenfor andre selskaper.¹²⁵ Da det har en signaleffekt, når markedsledende bedrifter ikke deltar i ordningen. Dette vil igjen føre til at ordningen får mindre publisitet og troverdighet.

Videre vil manglende deltagelse fra amerikanske selskaper også kunne forklares med at SHA ikke dekker alle de sektorene som enkelte selskaper har behov for, slik som finans¹²⁶ og ikke kommersielle organisasjoner. Ordningens anvendelsesområde («scope»), blir med dette for snever til å tilfredsstille alle ønskelige situasjoner en databehandler måtte ha. Selskapet utelater så av den grunn å delta i SHA.

De nevnte momentene forklarer muligens noen av årsakene til den manglende interessen fra amerikanske selskaper, men det finnes flere selskaper som ikke benytter seg av SHA (eller andre ordninger) ved overføringer av personopplysninger. Selskapene tar sjansen på å bryte europeisk personvernlovgivning, siden myndighetene har vist en mangelfull vilje til å håndheve reglene.¹²⁷

Håndhevingsmuligheten står således sentralt i vurderingen av om SHA fungerer etter sitt formål. Det er fordi de materielle reglene kun blir illusoriske, når man ikke har et effektivt håndhevingsorgan som forfølger (mulige) brudd på reglene. I SHA er de europeiske tilsynsmyndighetene avhengige av at sine amerikanske kollegaer, forfølger mulige overtredelser som måtte oppstå i USA. Når overtredelsene ikke blir forfulgt, fører det til

¹²⁵ Unntak finnes blant annet finner vi Microsoft, Disney og General Motors blant deltakerne.

¹²⁶ Finans sektoren har en bredere definisjon i USA, enn i Europa. Se her også pkt 4.2.2

¹²⁷ Se her Reidenberg sine uttalelser i Privacy Laws & Business, Issue 75 OCT/November 2004 s. 3

mindre etterlevelse av reglene. Fordi risikoen for å bli tatt er liten, målt opp mot «kostnadene» av å delta i SHA. Manglende håndheving vil i så måte kunne undergrave hele avtalen.¹²⁸

4.3 Standard kontrakts klausuler

4.3.1 Innledning

15. juni 2001 godkjente kommisjonen et sett av standard kontrakts klausuler,¹²⁹ som skulle benyttes ved overføring av personopplysninger til tredjeland som ikke tilfredsstilte en «tilstrekkelig beskyttelse».¹³⁰ Forut for SKK (dvs. mellom 1998-2001) hadde en behandlingsansvarlig som var etablert i et land som ikke tilfredsstilte kravet til tilstrekkelig beskyttelse («adequate protection»), i praksis ingen «lovlig» adgang til å få overført personopplysninger fra et EØS-land.¹³¹ Slik at de fleste overføringene som ble foretatt på det tidspunktet, av behandlingsansvarlige fra et tredjeland, ble overført som regel uten myndighetenes tillatelse. SKK førte således til en «lovlig» mulighet for den behandlingsansvarlige til å foreta en overføring, uten å være avhengig av en tillatelse fra det enkelte medlemsland. Den behandlingsansvarlige eller databehandleren (den

¹²⁸ Det er i skrivende stund 5 år siden Safe Harbor avtalen trådte i kraft. Avtalen har siden den gang vært gjenstand for en tre års evaluering av gjennomføringen av Safe Harbor avtalen «Safe Harbor Decision Implementation Study» (Namur, 19. april 2004) heretter kalt evalueringsrapporten. Evalueringsrapporten som ble bestilt av EU kommisjonen (jfr. COMMISSION DECISION of 26 July 2000 (se fotnote 3) art. 4), evaluerte 10 % av tilfeldige Safe Harbor deltageres måte å oppfylle avtalen på (se s. 8 flg.). Evalueringsrapporten avdekker flere svakheter ved ordningen med hensyn til håndheving (se sidene 105-112) http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/studies/safe-harbour-2004_en.pdf (sist sett 08/09-05)

¹²⁹ COMMISSION DECISION of 15 June 2001 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries, under Directive 95/46/EC (2001/497/EC, her etter kommisjonenes beslutning), med hjemmel etter direktivets art. 26(4) (standard kontrakts klausuler, heretter SKK).

¹³⁰ Klausulene har kommet i flere sett (senest desember 2004), som ble forhandlet frem av flere samarbeidende bransjeorganisasjoner og ledet av «the International Chamber of commerce» sammen med EU-kommisjonen samt artikkel 29 gruppen.

¹³¹ Ser man bort fra direktivets art. 26(1), var det kun den enkelte medlemsstat som kunne tillate overføringer, når den behandlingsansvarlige stilte tilstrekkelige garantier for vern av privatlivets fred og personers grunnleggende rettigheter, samt for utøvelse av tilsvarende rettigheter (jfr. art. 26(2))

eksporterende og importerende) må innta klausulene i avtalen seg imellom, før de kan sende personopplysninger fra et EØS-land til et tredjeland.¹³²

4.3.2 Innhold

I korthet viderefører kontrakts klausuler de samme pliktene ovenfor en importerende tredjelands behandlingsansvarlig/databehandler¹³³, som de eksporterende behandlingsansvarlige/databehandlere som befinner seg i et EØS-land. Det innebærer at direktivets definisjoner av begreper blir gjeldende,¹³⁴ og at klausulene ikke går lengere i omfang enn det direktivet åpner for. Særlig blir den importerende behandlingsansvarlige påbudt plikter slik som blant annet å behandle og bruke personopplysninger som er overført, til det presise formål som er angitt i kontrakten,¹³⁵ samt å sikre personopplysningenes nøyaktighet, tilstrekkelighet og relevans i henhold til formålet som er angitt i kontrakten.¹³⁶ Videre plikter den importerende behandlingsansvarlige å informere de registrerte om hvilket formål behandlingen av personopplysningene skal ha, og samtidig identifisere importøren av personopplysningene.¹³⁷ Den behandlingsansvarlige må også foreta sikkerhetstiltak som skal hindre uautorisert tilgang og andre øvrige risikoer i forbindelse med overføringen av personopplysninger.¹³⁸ Den registrertes rett til innsyn blir også ivaretatt idet SKK gir den enkelte rett til å få rettet, slettet og sperret sine personopplysninger.¹³⁹

De nevnte pliktene som den importerende behandlingsansvarlige har, gir således den registrerte en «tilsvarende beskyttelse» som han/hun hadde hatt under personverndirektivet. SKK blir reelt sett den mest praktiske muligheten en importerende behandlingsansvarlig fra

¹³² Pr. i dag er landene Argentina, Canada, Sveits, Storbritannias øy Guernsey og Isle of Man (samt amerikanske «organisasjoner» som deltar i Safe Harbor avtalen) ansett for å dekke tilstrekkelighets kravet etter direktivets art. 25(6).

¹³³ Etter kommisjonens beslutning art. 2 er ikke klausulene anvendelig, når en databehandler sender personopplysninger til en annen databehandler.

¹³⁴ Se kommisjonens beslutning art. 3

¹³⁵ Se bilag 2 pkt. 1 jfr. klausul 5(b)

¹³⁶ Se bilag 2 pkt. 2 jfr. klausul 5(b)

¹³⁷ Se bilag 2 pkt. 3 jfr. klausul 5(b)

¹³⁸ Se bilag 2 pkt. 4 jfr. klausul 5(b)

¹³⁹ Se bilag 2 pkt. 5 jfr. klausul 5(b)

et tredjeland har til å få overført personopplysninger. Konsekvensen av og ikke innta klausulene i en avtale, medfører at man ikke tilfredsstiller kravet til tilstrekkelig beskyttelse, og følgelig ikke kan få overført personopplysninger.¹⁴⁰

5 Hvordan gir ulikhetene seg utslag? ¹⁴¹

5.1 Innledning

SHA er som nevnt et resultat av en langvarig forhandlingsprosess. Resultat er en hybrid av europeiske prinsipper forankret i amerikansk rett. En slik unik særavtale hadde aldri tidligere eksistert, og virkningene var således uvisse.

Avtalen førte til at amerikanske behandlingsansvarlige («organization») fikk en eksklusiv mulighet til å oppfylle kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), gjennom å underkaste seg (Safe Harbor) avtalens punkter.¹⁴² I utgangspunktet er kravet til å overføre personopplysninger fra et EØS-land til et tredjeland, lik for alle tredjeland (jfr. art. 25(1)).¹⁴³ Problemstillingen blir så om SHA har forandret på det utgangspunktet, ved å skjerpe eller redusere kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»).

SHA sin virkning får ulike følger avhengig av hvilke hensyn som betraktes. Under punkt 5.2 vil jeg se nærmere på hvilke følger Safe Harbor avtalen har hatt på personvernet generelt og de registrerte spesielt.¹⁴⁴ Under punkt 5.3 vil fokuset bli satt på de konkurransemessige fordeler/ulempes SHA kan ha for USA vis-à-vis andre tredjeland.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Se FAQs til SKK

<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/3&format=HTML&aged=0&language=EN> (sist sett 08/09-05)

¹⁴¹ Data og synspunkter fra evalueringsrapporten (fotnote 128) samt refleksjoner fra tidligere drøftelse (spesielt kap. 4) blir i dette kapittelet gjenstand for videre diskusjon.

¹⁴² Amerikanske organisasjoner har også i tillegg muligheten til å benytte SKK.

¹⁴³ Se pkt. 3.2

¹⁴⁴ Jfr. pkt. 1.2.1

¹⁴⁵ Jfr. pkt. 1.2.2

5.2 Med henhold til personvern

Det er her viktig å skille mellom hvordan SHA var tenkt å fungere, og hvordan SHA faktisk fungerer i praksis. Det er den sist nevnte situasjonen vi vil se nærmere på her, fordi det er den situasjonen som viser det virkelige beskyttelsesnivået som råder under SHA. Det er således den reelle bruken av SHA, som må vurderes opp mot kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»).

Virkningene av SHA på personvernet sitt området er flere. Jeg skal i det følgende rubrisere noen av disse, under overskriften «gjennomsiktighet og håndheving».

«Gjennomsiktighet og Håndheving»

Slik SHA praktiseres i dag, mangler den etter min mening «gjennomsiktighet». Med manglende «gjennomsiktighet» mener jeg at ordningen verken er lett å forstå eller er lett gjenkjennelig, sammenlignet med tilsvarende ordninger (som f.eks. SKK). Videre viser uttrykket til avtalens manglende gjennomsiktighet, dvs. sammenhengen mellom deltagelse i SHA og de virkningene avtalen følger med seg. Årsaken til det er blant annet etter min oppfatning en kombinasjon av manglene detaljregulering og kompetente organer.

Det at begreper ikke har fått klare definisjoner slik som forholdet er under personvernordningen, fører til at ordningens innhold blir lidende av usikkerhet.¹⁴⁶ Partene har ingen kompetente organer å rådføre seg med, siden det ikke eksisterer et slikt tolkningsorgan innenfor avtalen.¹⁴⁷ Det at ordningen er ment å tilfredsstille et europeisk beskyttelseskrav på amerikanske premisser medvirker til å skape uklare konsekvenser for de involverte parter.

¹⁴⁶ Jfr. pkt 4.2.2

¹⁴⁷ En tolkningstvist må løses etter de intern rettslige reglene i USA (gjennom rettsvesenet).

Som tidligere nevnt forplikter en Safe Harbor deltaker å underkaste seg avtalens regler (det vil si samtlige prinsipper og FAQs), eller delta i en selvreguleringsavtale som er tilknyttet Safe Harbor sine prinsipper.¹⁴⁸ Den enkelte behandlingsansvarlige er pliktig til å gi en offentlig kunngjøring («privacy policy statement») om sin deltagelse i ordningen, og hvordan man behandler personopplysninger som blir innhentet.¹⁴⁹ Det er i denne kunngjøringen en (potensiell) registrert får vite hva slags beskyttelse hans/hennes personopplysninger vil få.¹⁵⁰

Når den behandlingsansvarlige befinner seg i USA og innhenter personopplysninger fra et EØS-land, f.eks. via Internett, blir ikke den nasjonale lovgivning anvendelig.¹⁵¹ SHA er her et eksempel på et regelverk som kan regulere forholdet, når blant annet den behandlingsansvarlige deltar i ordningen. Virkningene av at det er SHA og ikke det nasjonale regelverket som blir gjeldende, kan etter dette bli noe uklart for den som samtykker. Klare og tydelige personvernkunngjøringer er i så måte en viktig premiss for at de registrerte skal kunne forutberegne sin rettsstilling.

I henhold til SHA skal personvernsmeldingen være klare og tydelige («clear and conspicuous»)¹⁵² I evalueringsrapporten ble det imidlertid avdekket enkelte mangler ved personvernsmeldingene. Det ble påpekt at meldingene («privacy policy statement») ofte var vagt eller tvetydig formulert.¹⁵³ Det at amerikanske selskaper har personvernsmeldinger («privacy policy statement») som er vage og kompliserte er ikke noe nytt.¹⁵⁴

Personvernsmeldinger har ofte hatt en tendens til å være lange og gjerne vanskelige å finne på en Internett side. Språket som blir benyttet er som regel av den karakter at enkelte

¹⁴⁸ Det er også et krav at FTC eller DOT skal kunne reise sak ved brudd på selvreguleringsavtalen.

¹⁴⁹ Jfr. «notice» prinsippet i Safe Harbor avtalen

¹⁵⁰ Se her Commission Staff Working Paper: The Application of Commission Decision 520/2000/EC of 26 July 2000 pursuant to Directive 95/46 of the European Parliament and of the Council on the Adequate Protection of Personal Data Provided by the Safe Harbor Privacy Principles and Related Frequently Asked Questions Issued by the US Department of Commerce (13.02.2002) http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/adequacy/sec-2002-196/sec-2002-196_en.pdf (sist sett 09/09-05) spesielt litra c

¹⁵¹ Personverndirektivet art. 4 nr. 1 litra c (antitetisk)

¹⁵² Jfr. «notice» prinsippet i Safe Harbor avtalen

¹⁵³ Se evalueringsrapport s. 105 pkt. 1.1 (se fotnote 128)

¹⁵⁴ Se her Reidenberg 2001 s. 727

teoretikere har hevdet at det kreves en høyere utdanning for å kunne forstå innholdet av dem.¹⁵⁵ Slike personvernsmeldinger («privacy policy statement») fører ofte til at folk flest ikke tar seg bryet med å lese igjennom slike meldinger. Det igjen resulterer til at folk flest får en likegyldig holdning til hvordan personopplysningene deres blir behandlet (fordi de ikke makter å forstå betydningen av personvernmeldingene). I slike situasjoner er det spesielt viktig at regelverket bidrar til å sikre den registrertes interesser. SHA svikter etter min mening på dette punkt.

På bakgrunn av at SHA ikke har et kompetent tolkningsorgan, vil en klage om at en personvernsmelding er utydelig, ikke være til noen hjelp.¹⁵⁶ Mangelen av kompetente håndhevingsorganer bidrar således til at uklare situasjoner oppstår. Klageren¹⁵⁷ er således henvist til de amerikanske domstolsmyndighetene, noe som igjen kan virke avskrekkende med tanke på de kostnader det vil medføre.

Et regelverk bør være lett tilgjengelig og relativt enkelt å forstå. Grunnen til det er at de som blir berørt av regelverket, skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Prinsippet er en forutsetning for at folk flest skal kunne se konsekvensene av sine handlinger. En slik handling vil på personvernet sitt område typisk være et samtykke fra den registrerte til en behandlingsansvarlig, som et grunnlag for behandling av personopplysninger.

Et eksempel på hvordan dette får utslag i praksis finner vi under prinsippet «choice» som vi har sett på tidligere, vedrørende en behandlingsansvarligs rett til å bruke personopplysninger til andre formål. SHA krever at den registrerte må si ifra hvis han/hun ikke ønsker at organisasjonen skal bruke personopplysningene til andre formål. En behandlingsansvarlig som skriver en komplisert personvernsmelding, vil etter dette kunne få færre registrerte som vil nekte («opt out») videre bruk av personopplysninger til andre

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Evalueringsrapporten (pkt. 3.3.3.1) avdekket at FTC kun hadde mottatt en klage gjennom Safe Harbor avtalen, og det virket som om den ikke hadde blitt undersøkt.

¹⁵⁷ Klageren vil her være en registrert fra et EØS-land

formål, siden det har formodningen for seg at vedkommende ikke vil (ta seg bryet til å) forstå det som står skrevet.

Innskrenkningene i retten til innsyn i sine egne personopplysninger,¹⁵⁸ gjør etter mitt syn et alvorlig innhugg i personvernet. Når den registrerte nektes en rett og «organisasjonen» enn tilsvarende plikt til å begrunne et avslag/innskrenkning i en innsynsøknad, trenger ikke «organisasjonen» å behandle søknader like seriøst. Dette kan igjen føre til vilkårlige avgjørelser. Den registrerte er ikke gitt en mulighet til å klage over avslag/restriksjon i innsynsretten, og en rettslig etterprøving av avslaget/innskrenkelsen vil være vanskelig (samt kostbart) med tanke på den manglende begrunnelsen.

Manglende detljregulering, samt fraværet av kompetente organer, fører i praksis til at en behandlingsansvarlig kan (forsettlig eller uaktsomt) tilegne seg flere rettigheter på den registrertes bekostning, enn det som i utgangspunktet var tiltenkt etter SHA.

Om ordningen fortsatt tilfredsstiller kravet til tilstrekkelig beskyttelse («adequate protection»), blir etter dette noe usikkert. Det er som vi har sett i kapittel 4 flere ulikheter mellom personverndirektivet og SHA. Ulikhetene trenger ikke i utgangspunktet å ha noen stor innvirkning på om ordningen tilfredsstiller kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection»), siden vurderingen må tas på bakgrunn av en helhetsvurdering.¹⁵⁹

Det er uansett en forskjell på hvordan Safe Harbor avtalen var tenkt å fungere, og hvordan ordningen faktisk fungerer. Det er oppdaget flere mangler ved ordningen, og dette får en negativ effekt på personvernet. Jeg er i så måte tilbøyelig til å tro at SHA ikke vil tilfredsstille kravet til tilstrekkelig beskyttelse («adequate protection»), slik den praktiseres i dag. Etter mitt skjønn er det betydelig muligheter for misbruk av Safe Harbor prinsippene, og selv om prinsippene ble respektert, vil man likevel ikke ha et kompetent tolkningsorgan til å kontrollere dette.

¹⁵⁸ Se under pkt 4.2.4

¹⁵⁹ Jfr pkt.3.2.1

5.3 Med henhold til konkurranse

SHA gir amerikanske «organisasjoner» en unik mulighet til å tilfredsstille kravet til tilstrekkelig beskyttelse. En slik mulighet ble (og blir trolig) ikke tilbudt andre land enn USA. Spørsmålet blir så om amerikanske «organisasjoner» har fått en fordel/ulempe gjennom sin adgang til å delta i SHA vis-à-vis andre tredjeland?

Det at USA er det eneste landet som har fått en slik særavtale, vil etter min mening alene, medføre at USA har blitt tildelt en fordel. Spesielt klart blir dette når avtalen kommer i tillegg til de «ordinære» mulighetene et tredjeland har til å oppfylle kravet til tilstrekkelig beskyttelse. Denne ekstra valgmuligheten gir amerikanske behandlingsansvarlige den «luksus» det er å velge blant personvernordninger, som ikke er gitt til noen andre tredjeland. Det interessante blir så å se hvilke utslag denne «fordelen» gir, med henhold til konkurranseforholdet mellom amerikanske og andre tredjelands behandlingsansvarlige.

En praktisk fordel amerikanske «organisasjoner» har gjennom SHA er at den gjelder for samtlige personopplysninger en «organisasjon» overføre (innenfor avtalens rekkevidde se pkt. 4.2.2). Gjennom SKK må et tredjeland innta klausulene for hver gang man ønsker å overføre personopplysninger, noe som gjør prosessen mer tungvint. En Safe Harbor deltager vil slippe dette, og vil i praksis ha det like enkelt å få tilført personopplysninger, som en behandlingsansvarlig som var etablert i et EØS-land.

En synergieffekt av dette er at amerikanske behandlingsansvarlige får en markedsføringsfordel, på grunn av at det er enklere å få overført personopplysninger. En deltagelse i Safe Harbor vil i den forbindelse kunne fungere som en god reklame for «organisasjonene», siden man får profilert sitt engasjement ved behandling av personopplysninger. En slik virkning vil ikke en som benytter SKK kunne vise til (selv om SKK etter min mening tilfredsstiller et strengere krav til behandling av personopplysninger).

På den andre siden inneholder SHA usikkerhet rundt spørsmål om håndheving og ansvar. Hvis en registrert klager en «organisasjon» inn for domstolen, og domstolen tar klagen til følge, vil et mulig erstatningsgrunnlag følge amerikanske normer. Dette kan igjen føre til et betydelig erstatningsbeløp. Etter SKK vil den importerende og eksporterende behandlingsansvarlige være de ansvarlige parter i henhold til klausul 6. Videre vil saken kunne gå i det medlemsland der den eksporterende behandlingsansvarlige er etablert (jfr. klausul 7(1) litra b), noe som vil trolig føre til at et eventuelt erstatningsbeløp, vil bli betydelig mindre enn i USA.¹⁶⁰

Under prinsippet «choice» som drøftet tidligere,¹⁶¹ må den registrerte selv nekte videre bruk («opt out») av personopplysningene for at den behandlingsansvarlige ikke skal kunne behandle personopplysningene til et annet formål enn det de var innhenter for. Dette gir en bedre mulighet til å få utnyttet personopplysningene etter SHA enn det er etter SKK. Under SKK vil en slik videre bruk ikke være mulig i henhold til formålsprinsippet («purpose limitation»)¹⁶² SKK tilsvarer i så måte direktivets art. 6 nr.1 litra b og europarådskonvensjonen art. 5 litra d, som uttrykker at personopplysninger bare kan behandles etter et uttrykkelig angitt og legitimt formål, som den registrerte må være kjent med på forhånd.

Den registrertes rett til innsyn («access») er vesentlig enklere å innvilge etter SHA, enn det den er under SKK. SHA har på dette punkt innskrenket den registrertes rett (etter personvernprinsippene)¹⁶³ og samtidig lettet på den amerikanske «organisasjonen» sin byrde.¹⁶⁴ Dette vil igjen fører til mindre kostnader i forbindelse med behandling av søknader om innsyn fra de registrerte.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Erstatningsbeløp i USA er som regel vesentlig høyere enn i Europa. Det er fordi beløpet i tillegg til den opprettende virkningen skal ha en pønalt effekt.

¹⁶¹ Se pkt. 4.2.3

¹⁶² Se bilag 2 pkt. 1 jfr. klausul 5(b)

¹⁶³ Jfr. 3.2.1

¹⁶⁴ Se pkt. 4.2.4

¹⁶⁵ Kostnader vil her typisk være personalkostnader, samt porto o.l.

6 Bryter Safe Harbor avtalen med EU sine WTO forpliktelser?

6.1 Innledning

Personverndirektivet sikrer en fri flyt av personopplysninger blant medlemslandene i EØS. Direktivet hindrer også medlemslandene i å overføre personopplysninger til tredjeland som ikke tilfredsstiller kravet til en «tilstrekkelig beskyttelse».¹⁶⁶ Dette skapte et spesielt akutt problem i forhold til USA, som var en viktig handelspartner for EU, og som ikke kunne sies å ha noen bred personvernregulering.¹⁶⁷ Dette problemet ble løst gjennom vedtagelsen SHA.¹⁶⁸

Den potensielle tolkningsforskjellen i kravet til «tilstrekkelig beskyttelse» av personopplysning, mellom den under SHA og det EU setter for andre tredjeland, kan være et mulig brudd på «GATT»¹⁶⁹ og «GATS»¹⁷⁰. «GATS» regulerer internasjonal handel innenfor tjenestesektorer som bank, forsikring, transport, telekommunikasjon og turisme. Næringene overfører tradisjonelt store mengder personopplysninger i deres virke, og «GATS» blir således direkte berørt av et vern mot overføring av personopplysninger, og blir av den grunn særlig behandlet i det følgende.

Under «GATS» blir medlemmene underlagt «Most Favored Nation» prinsippet.¹⁷¹ MFN prinsippet krever at medlemmer tilbyr en behandling som ikke favoriserer en medlemsstat («...treatment no less favourable...»), mer enn det som tilbys de øvrige medlemslandene. Unntaket er når medlemslandet uttrykkelig har fritatt seg fra kravet etter reglene i art. 2(2). «GATS» inneholder videre i art. 14 litra c (ii) en bestemmelse som gir medlemslandene en mulighet til å godkjenne reguleringer som kan virke vilkårlig eller usaklig, når det skal beskytte personvernet. Bestemmelsen understreker betydningen av personvernet i den globale handelen.

¹⁶⁶ Se art. 25 og oppgavens pkt. 3

¹⁶⁷ Schwartz & Reidenberg s. 6-12

¹⁶⁸ se pkt. 4.1.1

¹⁶⁹ General Agreement on Tariffs and Trade av 30.okt. 1947

¹⁷⁰ General Agreement on Trade in Services av 15.apr. 1994

¹⁷¹ GATS art. 2(1) (her etter MFN)

Hvis EU gjennom SHA kan sies å tilby USA en mildere standard for «tilstrekkelig beskyttelse» av personopplysninger, enn resten av medlemsstatene, vil EU ha brutt sine forpliktelser etter «GATS» art. 2(1).

6.2 The World Trade Organization

«The world trade organization»¹⁷² ble etablert i 1995 som et resultat av «GATT» sine Uruguay møter (1986-1994). WTO sitt formål er å forenkle verdenshandelen ved å fjerne handelsbarrierer på varer og tjenester.¹⁷³ WTO administrerer blant annet handelsavtaler, og er et forum til handelsforhandlinger og avgjør handelstvister. For å imøtekomme sine plikter har WTO (gjennom «GATT» og «GATS») en rekke bestemmelser som hindrer land fra å diskriminere utenlandske varer og tjenester gjennom direkte forbud, høyere toll eller ved differensiert regulerende behandling.

Et virkemiddel WTO benytter for å oppnå sitt formål på er MFN prinsippet,¹⁷⁴ som går ut på at den behandlingen et land tilbys, skal tilbys alle medlemslandene i WTO. Slik at importerte «like produkter/tjenester» må gis den samme behandlingen som innenlands produkter. Med det menes at det må være en konkurransedyktig markedsplass («competitive playing field») og sammenlignbart i effektivitet («comparable in effectiveness»). Betydningen innebærer en sammenligning av den behandling alle importerte produkter/tjenester får vis a vis de innenlandske produkter/tjenester.

For å kunne vurdere om EU bryter sine WTO forpliktelser, er det av vesentlig betydning å kunne fastslå anvendeligheten og forståelsen av bestemmelsene i «GATT/GATS». WTO har gjennom en rekke klagesaker presisert forståelsen av MFN prinsippet. Jeg vil i det følgende se på noen av de grunnsetningene som WTOs tvisteløsningsorganer har sluttet seg til i diverse klagesaker, og videre se om de gjør seg gjeldende ovenfor EU.

¹⁷² Heretter WTO

¹⁷³ Kort fakta om WTO http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm (sist sett 28/03-05)

¹⁷⁴ Se Choi 2003 s. 93

6.3 Gjennomgang av WTO praksis

6.3.1 Innledning

WTO oppfyller en viktig funksjon ved å være et forum der medlemsland kan ta opp handelskonflikter som har sitt utspring i en WTO avtale/konvensjonen. Rettergangen begynner med et panel som består av uavhengige eksperter. Panelet hører på klagen, evaluerer bevisene i saken, foretar visse undersøkelser og avgir en rettslig dom. Er noen av partene ikke tilfreds med panelets behandling, kan vedkommende anke saken til en ankeinstans («the Appellate Body»). De tredjeland som føler at USA får en konkurransefordel gjennom SHA, kan benytte denne tvisteløsningsprosessen, for å klage på EU sin eksklusive SHA med USA.

De forskjellige lands regulering av personvern, kan analogiseres til produkter eller tjenester som kan være «like» eller ikke. For å kunne analysere hvordan panelet ville ha resonnert ved en hypotetisk klage fra et tredjeland, vil jeg trekke frem noen sentrale avgjørelser som panelet har avsagt angående like produkter under GATT. Siden vi skal se nærmere på kjøp og salg av tjenester, vil den første avgjørelsen være Banansaken¹⁷⁵.

6.3.2 «The treatment no less favourable» standard¹⁷⁶

Banansaken handler om en ordning som EU satte igang for å skape et fellesmarked for bananer. Fellesmarkedet erstattet de bilaterale avtalene som enkelte EU-land hadde benyttet

¹⁷⁵ European Communities – Regime for Importation, Sale and Distribution of Bananas (WT/DS27/R/USA) av 22. mai 1997 (heretter Banansaken) tilgjengelig på http://docsonline.wto.org/gen_searchResult.asp?searchmode=advanced&c2=@meta_Symbol&c4=@Doc_Date&o4=%3E%3D&c5=@Doc_Date&o5=%3C%3D&c6=@meta_Serial_Num&c3=@meta_Title&c8=@Derestriction_Date&o8=%3E%3D&c9=@Derestriction_Date&o9=%3C%3D&q0=&q4=&q5=&q8=&q9=&search=Search&collections=&q2=WT%2FDS27%2FR%2FUSA&ddeday=&deday=&q6=&restriction_type=&q3=&subjects=&q1=&ct=DDFEnglish&countries=&organizations=&products=&articles=&bodies=&types=&drday=&dreday=&meet_date=&dpsday=&dpeday=&mh=&advresult=off&multipartson=&scndformat=off&searchtype=advanced (sist sett 26/08-05)

¹⁷⁶ For en grundig gjennomgang av saken se artikkelen «The Banana War» av professor Raj Bhala

for å importere bananer. Flesteparten av disse bananene kom fra u-landene i Afrika, og fra karibiske- og Stillehavsland¹⁷⁷. EU reorganiserte de bilaterale avtalene, og satt opp et system hvor forskjellige autorisasjonsfortrinn ble fordelt mellom operatører («operators») som var enten importører eller eksportører. Saken ble brakt inn for WTO på bakgrunn av at systemet som distribuerte autorisasjonene syntes og favorisere EU eller ACP sine selskaper, slik at konkurrerende selskaper fra Latin Amerika og USA ble forskjellsbehandlet.

Panelet undersøkte først samhandlingen mellom GATT og GATS, og kom frem til at avtalene ikke er gjensidig utelukkende,¹⁷⁸ slik at selv om en sak inneholdt GATT elementer, så kunne GATS fortsatt benyttes. Panelet undersøkte videre om doktrinen «treatment no less favourable» under GATS art. 2(1) burde bli definert av GATS art. 17.¹⁷⁹ Noe som ble tilfelle, siden art. 17 inneholder flere forklaringer, og har i tidligere panelavgjørelser (ved analyse av GATT art. 3) blitt tolket som «...concerned with conditions of competition between like domestic and imported products on internal markets.».¹⁸⁰

Stridens kjerne var om formell diskriminering blant utenlandske tjensteytere var nødvendig, eller simpelthen en «un-level competitive playing field».¹⁸¹ Panelet fant ut at art. 2 ikke burde tolkes så innskrenkende at det kun «require only formaly identical treatment». Man konkluderte med at kravet til «treatment no less favourable» betydde «no less favourable conditions of competition». Slik at panelet tolket GATS i retning av at «formal equality alone» er ikke nok, det som trengs er like spilleregler («level playing field»)¹⁸² Etter å ha etablerte en definisjon for «treatment no less favourable», fastslo panelet tre kriterier for hva som måtte til for å bryte med art. 17.

¹⁷⁷ Forkortes på engelsk ACP (Africa and the Caribbean and Pacific regions)

¹⁷⁸ Se Banansaken avsnitt 7.282

¹⁷⁹ Ibid. Avsnitt 7.299

¹⁸⁰ Ibid. Avsnitt 7.302

¹⁸¹ Se Bhala s. 916

¹⁸² Ibid s. 917

(i) [T]he EC has [to] undertake[] a commitment in a relevant sector and mode of supply; (ii) the EC has [to] adopt[] or appl[y] a measure affecting the supply of services in that sector and/or mode of supply; and (iii) the EC's measure [has to] accord[] to service suppliers of any other Member treatment less favourable than that it accords to the EC's own like service suppliers.¹⁸³

Det problematiske i denne saken var at operatørreglene i utgangspunktet så ut til å tilby en identisk behandling i forhold til innenlandske og utenlandske selskaper.¹⁸⁴ Panelet bemerket at i henhold til art. 17 «...formally identical treatment may, nevertheless, be considered to be less favourable treatment if it adversely modifies conditions of competition for foreign services or service suppliers.».¹⁸⁵

Selv om man kunne kjøpe og selge autorisasjoner, og da i teorien ha lik tilgang, mente panelet at det fantes urettferdighet i ordningen, siden EU operatører fikk tildelt autorisasjoner og andre privilegier først.¹⁸⁶ Etter dette konkluderte panelet med at autorisasjonsreglene favoriserte operatørene (engrosforretningene) fra EU (samt ACP).

Panelt forkastet også EU sitt argument om at markedsfordelingen ikke hadde endret seg radikalt. Det betyr at synlige markedsendringer ikke er nødvendig, for at en ordning skal kunne sees på som «less favorable treatment».¹⁸⁷

Banansaken er viktig i flere relasjoner. For det første avgjør panelet at GATS er anvendelig på en sammenligning av statsstyrers reguleringer. For det andre avgjør panelet at «treatment no less favorable» ikke krever formell identisk behandling, og for det tredje avgjør panelet at «less favorable treatment» ikke krever betydelige markeds endring. De nevnte avgjørelser er alle relevante for at et fremtidig panel, som skal avgjøre om EUs behandling av USAs personvernordning under SHA, bryter med EUs WTO forpliktelser.

¹⁸³ Banansaken avsnitt 7.375

¹⁸⁴ Ibid avsnitt 7.322

¹⁸⁵ Ibid avsnitt 7.327

¹⁸⁶ Ibid avsnitt 7.336

¹⁸⁷ Ibid avsnitt 7.337

6.3.3 «Comparable in effectiveness» standard

Selv om man i Banansaken presiserte doktrinen «treatment no less favourable» og illustrerte dens betydning, har ingen saker vedrørende nasjonale tjenestereguleringer blitt vurdert etter denne standarden. Ankeinstansen i «Shrimp-Turtle II»¹⁸⁸ saken ble standarden benyttet i evalueringen av et nasjonalt produktreguleringssystem. Saken blir derfor den nærmeste analogien til personvernreguleringen under SHA. «Shrimp-Turtle» saken undersøker problemstillingen om et nasjonalt reguleringssystem som forskjellsbehandler mellom en utenlandsk og en innenlandsk tjenesteytere, utgjør en urettferdig forskjellsbehandling under WTO.

Konflikten som ender opp i WTO, startet da USA vedtok en lov¹⁸⁹ som ville begrense import av reker fra land som ikke var autoriserte av USA. For å bli autorisert måtte landene oppfylle en del vilkår for å beskytte truede skilpadder. Landene måtte etter dette implementere programmer som «turtle excluder devices»¹⁹⁰, som var godkjent av amerikanske marine myndigheter, eller benytte et annet program som hadde tilsvarende beskyttelse («comparable in effectiveness»). Et håndhevingsprogram måtte også bli etablert. USA innførte så et handelsforbud på reker fra land som ikke implementerte noen av de nevnte metodene, for å stoppe den uaktsomme drepingen av truede skilpadder.

USA ble klagd inn for WTO av flere land. Det ble anført at USAs handelsforbud av deres måte å fange reker på brøt med GATT art. 11, og at unntakene etter GATT art. 20 ikke kunne være anvendelige.

¹⁸⁸ United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, se http://docsonline.wto.org/gen_searchResult.asp?searchmode=advanced&c2=@meta_Symbol&c4=@Doc_Date&o4=%3E%3D&c5=@Doc_Date&o5=%3C%3D&c6=@meta_Serial_Num&c3=@meta_Title&c8=@Derestriction_Date&o8=%3E%3D&c9=@Derestriction_Date&o9=%3C%3D&q0=&q4=&q5=&q8=&q9=&search=Search&collections=&q2=wt%2Fds58%2Fr&ddeday=&dreday=&q6=&restriction_type=&q3=&subjects=&q1=&ct=DDF&English&countries=&organizations=&products=&articles=&bodies=&types=&drsdry=&dreday=&meet_date=&dpsday=&dpeday=&mh=&advresult=off&multipartson&scndformat=off&searchtype=advanced (sist sett 29/08-05)

¹⁸⁹ Section 609 Public Law No. 101-162, 103 Stat 988 (1989)

¹⁹⁰ Forkortelse «TED»s

«Shrimp-Turtle» ble behandlet i to faser. I den første saken «Shrimp-Turtle I» fra 1998, fant ankeinstansen («Appellate Body») USAs reguleringsystem for å være diskriminerende. I den andre saken («Shrimp-Turtle II») fra 2001, kom ankeinstansen frem til at den (nye) reviderteloven tillot et handelsforbud for import av reker, uten å bryte med WTO prinsipper.

Panelt i «Shrimp-Turtle I» skilte mellom to forskjellige type land, de som fikk autorisasjon og de som ble nektet autorisasjon. Alle landene hadde de samme rådende forhold, slik at USA kunne diskriminere ved å tilby gunstige betingelser for autorisasjon til enkelte land. Panelet vurderte videre om diskrimineringen var saklig. I sin vurdering tolket panelet GATTs art. 20 opp mot hovedformålet med WTO, som er å fremheve økonomisk vekst gjennom handel («promotion of economic development through trade»)¹⁹¹. Sakens kjerne ble så om unntakene i art. 20 bestred og undergrav WTO sitt multilaterale handelssystem. Ved å bruke standarden («comparable in effectiveness») kom panelt til at USAs tiltak falt under kategorien usaklig diskriminering mellom land hvor de samme forhold råder. Tiltaket lå følgelig ikke under unntakene i art. 20, og USA kunne således ikke ha et handelsforbud mot avvikende land.

Ankeinstansen i saken avviste panelets resonnement, fordi tiltaket ikke skulle fortolkes på bakgrunn av om det opprettholdt WTOs formål eller ikke, og at resultatet ikke skulle benyttes i forståelse og anvendelse av unntakene i art. 20. Ankeinstansen mente at Panelet burde ha fastslått om noen av unntakene i art. 20 var anvendelige, før man behandlet mulighetene om et av unntakene var blitt misbrukt. Ankeinstansen bemerket videre at «natural resources» var et viktig unntak i art. 20, og at unntaket ikke kunne gjøres mindre betydningsfull enn det internasjonale handelssystem, noe som panelt forsøkte å gjøre.

Ankeinstansen fant allikevel loven til å være urettferdig og vilkårlig diskriminerende. Ankeinstansen baserte dette på fem momenter: (1) USA forsøkte ikke å føre seriøse forhandlinger for å komme frem til en multilateral avtale før implementering av

¹⁹¹ «Shrimp-Turtle 1» panelet avsnitt 7.42

handelssanksjoner, (2) USA krevde at land som søkte å imøtekomme deres retningslinjer måtte tilslutte seg (hovedsakelig) de samme reguleringene, (3) Handelsforbudet var for omfattende fordi den inkluderte reker fra hele landet, slik at man ikke hadde unntaksbestemmelser for reker som var fanget på den godkjente metoden, (4) USA bedrev med usaklige forskjellsbehandling ved å gi noen land lengere overgangsfaser enn andre, og (5) autorisasjonsprosessen manglet «gjennomsiktighet» («transparency»).

Spørsmålet om en endring av reguleringen ville møte med GATT sin standard, sto etter dette åpent.

Etter «Shrimp-Turtle I» endret USA sin regulering for å tilpasse den etter avgjørelsen fra ankeinstansen. Malaysia klagde USA deretter inn for WTO og anførte at den nye reguleringen brøt med GATT. Panelet («Shrimp-Turtle II») fant ved å bruke de samme kriteriene som ankeinstansen («Shrimp-Turtle I») at USA oppfylte GATT etter unntaket i art. 20, noe som ankeinstansen opprettholdt («Shrimp-Turtle II»).

Avgjørelsen baserte seg på at det landet som søkte å forby import under en regulering, må i god tro forsøke å komme til en minnelig avtale med de landene som vil bli berørt. Ankeinstansen understreket det faktum at USA hadde startet forhandlinger med alle potensielle berørte land og at forhandlingene hadde fleksible utsikter.

Det viktige spørsmålet var om USA hadde anstrengt seg («comparable») like mye for å få til en avtale, ovenfor alle berørte parter. Det ble bemerket at USA hadde benyttet seg av import restriksjoner, noe som ankeinstansen betegnet som et lands «heaviest weapon» i forhold til handelstiltak. Man slo imidlertid fast at en avtale ikke trengte å være slutført, men at kravet kun var at forhandlingene foregikk i god tro.

Malaysia klagde så over at USA sin regulering førte til vilkårlig diskriminering, siden betingelsene for import av reker var ensidig pålagt på amerikanske premisser. Panelet fastslo at ankeinstansen (i «Shrimp-Turtle I») ikke søkte to identiske standarder, men at

«comparable in effectiveness» var forenlig med unntakene i art. 20. Malaysia anførte videre at den dynamiske funksjonen av «comparable in effectiveness» standarden, ikke kunne dempe for det faktum at det var USA som ensidig påtvang sine standarder. Ankeinstansen påminnet imidlertid Malaysia om sitt standpunkt i «Shrimp-Turtle I», hvor man fastslo en alminnelig betraktning av unntakene i art. 20, som er at de er ensidig utferdiget av den importerende part.¹⁹²

«Shrimp-Turtle» sakene belyser hvordan WTO «domstolene» kan se prosessen av et lands handelsreguleringer. Innblanding i WTOs multilaterale sider er ikke en avgjørende faktor for om en ordning faller utenfor et unntak. «Domstolen» bør først vurdere om den aktuelle loven faller inn under et av formålene til unntakene. Hvis dette er tilfelle (som i «Shrimp-Turtle» saken), bør «domstolene» vurdere videre om den som pålegger den nye ordning har prøvd å forhandle (selv om det ikke er noe krav at forhandlingene blir sluttført). I tillegg bør «domstolen» se på om landet som pålegger den nye ordningen, forlanger at andre land vedtar de samme reguleringene, eller tillater den en vedtagelse av en ordning som er tilsvarende «comparable in effectiveness» (tegn på fleksibilitet). Saken belyser videre at ensidige pålegg som faller under et av unntakene i art. 20, ikke må bli kategorisk forbudt. Dette gjelder spesielt når landet som pålegger den nye reguleringen er både fleksibel i anvendelsen av reguleringen, samt at landet inngår forhandlinger i god tro, før et handelsforbud blir satt i gang.

«Shrimp-Turtle II» er viktig for å sammenligne personvernordninger. Saken behandler betinget tilgang til et WTO medlems marked, når vilkåret i art. 20 er oppfylt. Forskjellen mellom «Shrimp-Turtle I» og «Shrimp-Turtle II» relaterer seg direkte til regulering av personvernet.

¹⁹² Se ankeinstansen «Shrimp-Turtle II» avsnitt 137

6.3.4 «Like – Product» standard¹⁹³

En annen mulighet for å evaluere diskriminering blant personvernreguleringer under WTOs avtaler er «like-product» standarden. Selv om «like-product» er en GATT standard, som er skissert for produkter kan den tilpasses for tjenester også. «Like-product» standarden krever at produkter, enten innenlandske eller importerte, som tjener det samme formål eller blir tilbudt samme sort av kunder, skal motta den samme regulering (f.eks. skatte/avgifts behandling). Behandlingen av like produkter under GATT, blir således analogisk for personvernregulering under GATS. Vi skal i det følgende se på en av de viktigste sakene som har blitt behandlet under «like-product» standarden.

I «Japan-Taxes»¹⁹⁴ saken behandlet man en tolkning av GATT art. 3(1). USA m.fl. klagde Japan inn for brudd på GATT, fordi Japan hadde lovpålagt et klassifiseringsystem for avgiftsformål. Under dette systemet ble shochu (japansk alkoholdrikk) avgiftsbelagt mindre enn vodka, som var importert. Panelet i saken vurderte hvordan man skulle bestemme likheten av produktene. Panelet kunne for eksempel se på hensikten bak myndighetenes regulering (om de gjorde det for beskytte innenlandske produkter), eller benytte en mer resultatorientert analyse. Panelet valgte å se på hensikten bak reguleringen, og begrunnet dette med at en resultat orientert analyse («aims and effects» test) «...conditions likeness on the criterion whether a domestic legislation operates so as to afford protection to domestic production, [the test] is inconsistent with the wording of Article III:2, first sentence.»¹⁹⁵. Panelet formulerte så en mer «fleksibel» kriterium som var avhengig av at produktene «shar[ing], apart from commonality of end-uses, essentially the same physical characteristics».¹⁹⁶

¹⁹³ For en grundig gjennomgang av «Like product» standarden se Won Mog Choi “Like product’s in international trade law: Towards a consistent GATT/WTO”

¹⁹⁴ Panel avgjørelsen «Japan – Taxes on Alcoholic Beverages» av 11. juli 1996 se http://docsonline.wto.org/gen_searchResult.asp?searchmode=advanced&c2=@meta_Symbol&c4=@Doc_Date&o4=%3E%3D&c5=@Doc_Date&o5=%3C%3D&c6=@meta_Serial_Num&c3=@meta_Title&c8=@Derestriction_Date&o8=%3E%3D&c9=@Derestriction_Date&o9=%3C%3D&q0=&q4=&q5=&q8=&q9=&search=Search&collections=&q2=wt%2Fds8%2Fab%2F&ddeday=&ddeday=&q6=&restriction_type=&q3=&subjects=&q1=&ct=DDF&English&countries=&organizations=&products=&articles=&bodies=&types=&drsdry=&dreday=&meet_date=&dpsday=&dpeday=&mh=&advresult=off&multipartson&sendformat=off&searchtype=advanced (sist sett 29/08-05)

¹⁹⁵ Jfr. «Japan-Taxes» avsnitt 6.18

¹⁹⁶ Ibid. avsnitt 6.22

Panelt konkluderte så at shochu og vodka var like produkter. Saken ble anket av både Japan og USA, men ankeinstansen opprettholdt panelets avgjørelse.

Det er i teorien blitt sett på ulikhetene i fremgangsmåten i å distingvere «like-product» (i henholdsvis «aims and effects» analysen og tradisjonelle formåls betraktninger). I «aims and effects» analysen blir «likhet» og det reelle bruddet mindre viktig, enn den virkelige forskjellen mellom regulering og proteksjonisme. En annen ulikhet er at «aims and effects» analysen letter på den stive tradisjonelle formålsbetrakningen, fordi den forutsetter en undersøkelse av både begrunnelsen for reguleringen og sakens stridspunkt.¹⁹⁷

Selv om «aims and effects» analysen ble avvist i «Japan-Taxes» saken, hevdes det at et panel kan benytte analysen i vurderingen om «likhet» av produkter i en nasjonal behandlingsanalyse. Betydningen av at man avviste «aims and effects» analysen i «Japan-Taxes» saken, er at spørsmål om reguleringsformål må reises som en spesiell begrunnelse, og prøves etter GATT art. 20.

Den siste forskjellen er viktig med hensyn til personvern, siden det argumentet kan analogiseres til å gjelde unntak etter GATS art. 14.

6.4 Bryter EU sine WTO forpliktelser?

6.4.1 Innledning

Under de følgende punktene vil vi se nærmere på hypotetiske situasjoner som kan oppstå når et tredjeland klager EU inn for WTO. EU vil kunne klages inn for WTO for å ha satt et høyere krav til behandling av personopplysninger for andre tredjeland, enn det man gjorde for USA (ved å inngå SHA).

¹⁹⁷ Se Hudec 1998 s. 628

Et panel som skal avgjøre en beskyldning om at EU diskriminerte andre land ved å favorisere USA ved vurdering av personvernsreguleringer, ville sannsynligvis vurdert de nevnte avgjørelsene i punkt 6.3. Fra Banansaken ville man bemerke behovet av å evaluere saken under GATS, samt viktigheten av kravet om «equal levels of competition», snarere enn formell likheter i reguleringene. Man måtte også erkjenne «like-product» vurderingene i panelets og ankeinstansen i «Japan-Taxes», som omhandler behovet for å se på de formelle karakterene og sluttbruker av tjenesten/produktet, snarere enn påvirkning i konkurranse. Panelet ville likevel finne at den mest relevante standarden ville komme fra «Shrimp-Turtle II». I «comparable in effectiveness» standarden må panelet finne om en personvernregulering¹⁹⁸ som man bruker til å forby produkter fra andre, kommer under unntakene til GATS forbud mot handelsforbud.

Panelt må således undersøke om begrensningen er vilkårlig eller usaklig diskriminering,¹⁹⁹ eller er en skjult restriksjon på handel. Panelet vil også ha behov for å vurdere om det landet som satte handelsforbudet, forsøkte å påtvinge de samme reguleringene, eller bare en som var like effektiv. Videre må panelet vurdere hvorvidt landet anvendte den samme standarden for alle land, og om man hadde inngått forhandlinger i god tro.

6.4.2 Hvilken standard ville blitt brukt?

«Treatment no less favorable» standarden som ble presisert i banansaken, gir ikke en helhetlig struktur for å sammenligne forskjellige personvernreguleringer. I en hypotetisk sak vil et panel ha behov for veiledning. Det gjelder spesielt ved spørsmålet om unntak for personvern etter GATS art. 14 litra c (ii), vil påvirke en avgjørelse om diskriminering. Panelet vil videre trenge veiledning vedrørende funksjonen av de forskjellige forhandlingene man måtte inngå, og verdien av de forskjellige personvernreguleringene

¹⁹⁸ I dette tilfelle personverndirektivet

¹⁹⁹ Se COMMISSION DECISION of 26 July 2000 (200/520/EC) pkt. 4 (se fotnote 3) som bemerker at anvendelsen av direktivets art. 25(6) ikke bør håndheves på en måte som «...arbitrarily or unjustifiably discriminate against or between third countries where like conditions prevail nor constitute a disguised barrier to trade ...».

skulle få. Standarden blir derfor utilstrekkelig for å kunne være behjelpelig med den aktuelle problemstillingen.

«Like-product» standarden som ble utviklet i «Japan-Taxes» saken, hvor ankeinstansen tolket «like-product» til å være avhengig av om de delte like sluttbrukere eller særpreg, kunne være en mulig standard et panel ville vurdert. I ankeinstansen avviste man imidlertid en «aims and effects» test, og behovet for å undersøke reguleringsformålet. Hvis et panel skulle følge den samme standarden, ville man bare se på de uttrykkelige særpregene av personvernreguleringen, snarere enn til formålet med reguleringen, eller om den var satt i stand for diskriminerende formål. En annen grunn til at et panel ikke ville benyttet «like-product» standarden er den iboende vanskeligheten av å sammenligne det som ble drøftet under «Japan-Taxes» (sprit) til en (hypotetisk) sak om personvernregulering. Man kunne prøve å avgjøre om de forskjellige personvernreguleringene er «like» eller ikke ved å se om de hadde den samme slutfunksjonen eller særpreg. «Like-product» analysen var utviklet for å være et hurtig sammenligningsgrunnlag for varer eller tjenester. I vurderingen om det har foregått diskriminering mot utenlandske «like-product» eller tjenester, er det som regel nødvendig å undersøke de relevante reguleringsiltakene. Av den grunn faller «like-product» standarden til kort, for vurderingen av om SHA diskriminerer ovenfor andre land.

Et panel som undersøker vår hypotetiske sak, vil etter mitt syn benytte seg av «comparable in effectiveness» standarden. Bakgrunnen for det er at standarden tillater en vurdering som distingverer hvorvidt en personvernregulering kan skille mellom varer (eller tjenester) fra forskjellige land, og hvordan man i tilfelle kan gjør det. Under GATT art.11 kan ikke land pålegge forbud eller restriksjoner unntatt gjennom toll og avgifter («...duties, taxes or other charges,...»)²⁰⁰ Unntak fra regelen gjelder etter GATT art.20 så lenge unntakene ikke blir brukt for «...arbitrary or unjustifiable discrimination between countries...».²⁰¹ «Comparable in effectiveness» standarden som utformet av ankeinstansen i «Shrimp-Turtle II» saken, fastsetter vilkår for å avgjøre om et lands regulering er vilkårlig eller uberettiget

²⁰⁰ Forbudet får tilsvarende virkning, for forbud eller restriksjoner på personopplysninger.

²⁰¹ Jfr. GATT art. 20(1)

diskriminerende, mot et annet lands regulering. En forskjell i standard og metode som EU skulle benytte for å godkjenne andre tredjeland personvernreguleringer, samt skille i format og resultat, enn det som kom ut av EU og USAs SHA. Vil kunne støtte en innstilling på at EU diskriminerer andre tredjeland.

6.4.3 Hva ville man komme frem til?

Ved anvendelse av «Shrimp-Turtle II» vilkårene i vår hypotetiske sak, bør et panel ta i betraktning om EU gjorde sammenlignbare («comparable») anstrengelser for å sikre avtaler (med andre tredjeland), eller om EU gjorde forskjell på land når de forhandlet, samt om EU brukte «handelsforbudet» uten å ha forhandlet først. Ankeinstansen i «Shrimp-Turtle II» bemerket også at markedstilgang ikke kan bedømmes fullt ut, når man godkjenner hovedsakelig den samme ordningen.

I vår hypotetiske sak regulerer EU personvernet slik som USA regulerte miljøet i «Shrimp-Turtle» saken. Begge ordningene fikk følger utenfor «landets» jurisdiksjon, og kunne sannsynligvis bryte med GATTs bestemmelse (art. 11) som forbyr forbud på import av varer og tjenester.²⁰² I begge sakene er det spørsmål angående den sammenlignbare behandlingen («comparable treatment») de har tilbudt de forskjellige landene. I USA sitt tilfelle dreide det seg om forhandlinger (eller manglende forhandlinger) med visse land om enighet om «TED»s.

For EU sin del vil problemstillingen være om den forhandlingsviljen unionen har vist andre tredjeland, for å komme til enighet om å godkjenne det aktuelle lands personvernordning (som «adequate protection»), tilfredsstiller kravet etter «Shrimp-Turtle II» vilkårene. Andre hensyn som må vurderes, er påstander om at amerikanske «organisasjoner» (dvs. USA) ikke overholder SHA.²⁰³

²⁰² Begge ordningene faller under unntakene i henholdsvis GATT art.20 og GATS art. 14 litra c (ii).

²⁰³ Se Commission Staff Working Paper (fotnote 150) sine bemerkninger, samt evalueringsrapporten s.105 flg.

Selv om EU har inngått forhandlinger med tredjeland, som søker å få sin personvernregulering godkjent etter kravet om tilstrekkelig beskyttelse («adequate protection»), stilles det spørsmål ved om tredjelandene har blitt behandlet likt ved disse forhandlingene. Selv om man i «Shrimp-Turtle II» ikke krever at forhandlingene skal være vellykkede og ende i en avtale, så kreves det at man forhandler i god tro.

I en hypotetisk sak kunne land som Ungarn og Australia som søkte godkjennelse av sine reguleringer, argumentere for at de hadde blitt forskjellsbehandlet av EU.²⁰⁴ Begge land foretok omfattende anstrengelser for å tilfredsstille kravet til tilstrekkelig beskyttelse («adequate protection»)²⁰⁵ Sammenligner man kravene som de måtte oppfylle opp mot det kravet som USA måtte oppfylle gjennom SHA, støtter det argumentet at en forskjellsbehandling ble foretatt.

EU kan på sin side argumentere at den tilnærmingen man hadde til USA var basert på den forestillingen at det var klart at USA ikke kom til å forandre på sin personvernlovgivning.²⁰⁶ Argumentet vil imidlertid etter mitt syn misbruke betydningen av fleksibilitet. Tanken bak «fleksibilitet» (i «Shrimp-Turtle» saken) var å tillate forskjellige fremgangsmåter til å regulere hensynet bak reguleringen. Betydningen var ikke ment å tillate andre land i å ha atskilte ordninger, som fritok landet fra bestemmelser som andre var pålagt å følge. Ingenting i «Shrimp-Turtle» saken skulle tilsi at «fleksibilitet» innebar en tillatelse til å gi et land en behandling som ikke ble tilbudt andre, på bakgrunn av at uten slik behandling, ville ikke landet etterfølge reguleringen.

²⁰⁴ Det er lite aktuelt for Ungarn å gjøre det nå, siden Ungarn er blitt en del av EU. Selv om ingen av disse landene fikk brudd i sine overføringer av personopplysninger, lå trusselen om slike brudd på forhandlingsbordet.

²⁰⁵ Se her Article 29 Data Protection Working Party, 3/2001 on the Level of Protection of the Australian Privacy Amendment (Private Sector) Act 2000, 5095/00/EN (2001) http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp40en.pdf (sist sett 08/09-05), og Commission Decision, European Parliament and of the Council on the Adequate Protection of Personal Data Provided in Hungary (2000/519/EC) http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_215/l_21520000825en00040006.pdf (sist sett 08/09-05)

²⁰⁶ Argumentet bygger på at man i «Shrimp-Turtle» sakene tillot fleksible ordninger og at land ikke trengte å vedta de samme reguleringene. Kravet var at de skulle være «comparable in effectiveness».

Problemstillingen blir så om personvernordningen som EU godkjente (Safe Harbor), var virkelig «comparable in effectiveness».

Basert på Europa Parlamentet sine bemerkninger²⁰⁷ og vitnesbyrd fra personverneksperter²⁰⁸, syntes det at Safe Harbor ikke er «comparable in effectiveness». Verken etter personverndirektivet eller etter kravet til tilstrekkelig beskyttelse («adequate protection») som aspirerende tredjeland må tilfredsstillе.

Det sterkeste argumentet for å finne en krenkelse av standarden «comparable in effectiveness» er at slik SHA i sin nåværende form ikke ser ut til å fungere. Enten det skyldes manglende interesse fra amerikanske myndigheter eller grunnleggende mangler ved selve avtalen. Resultater avtalen i at EU tilbyr USA langt mindre rigorøse betingelser, samt at avtalen krever mindre av USA enn det EU krevde/krever av f.eks. Ungarn og Australia.

²⁰⁷ Se fornote 80 (s. 8 flg.)

²⁰⁸ Se Testimony of Joel R. Reidenberg before the Subcommittee on Commerce, Trade and Consumer Protection Committee on Energy and Commerce United House of Representatives. Hearing on the EU Data Protection Directive: Implications for the U.S. Privacy Debate (March 8, 2001) http://reidenberg.home.sprynet.com/Reidenberg_Testimony_03-08-01.htm (sist sett 09/09-05)

7 Konklusjon

Jeg skal i dette kapittelet gi mine konkluderende synspunkter på de problemstillingene jeg presenterte under punkt 1.2 i oppgaven.

Under punkt 1.2.1 reiser jeg problemstillingen om «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») blir praktisert annerledes ovenfor USA (gjennom SHA) enn andre tredjeland. Etter drøftelsene i kapittel 4 og punkt 5.2 er det etter mitt syn liten tvil på at «tilstrekkelig beskyttelse» («adequate protection») praktiseres strengere og således annerledes ovenfor andre tredjeland, enn ovenfor USA (gjennom SHA).

Under punkt 1.2.2 reiser jeg spørsmålet om USA får en fordel eller ulempe gjennom SHA i forhold til andre tredjeland slik den blir praktisert i dag. Etter drøftelsene i kapittel 4 og punkt 5.3 er det etter mitt syn klart at USA drar fordel av SHA.

Under punkt 1.2.3 reiser jeg spørsmålet om SHA fører til at EU bryter med sine WTO forpliktelser. Etter drøftelsen i kapittel 6 finner jeg at EU (gjennom SHA) bryter med sine WTO forpliktelser.

Oppgavens hovedproblemstilling er å finne ut om SHA er rettferdig. Jeg har ved hjelp av tre underproblemstillinger forsøkt å belyse de forskjellige hensyn (personvern og handel) som spørsmålet reiser. Gjennom drøftelse av de nevnte underproblemstillingene fant jeg SHA til å være diskriminerende ovenfor andre tredjeland. Videre syntes jeg at de registrertes interesser ikke ble godt nok ivaretatt, slik ordningen blir praktisert i dag. Etter en helhetsvurdering finner jeg SHA til å være urettferdig.

8 Litteraturliste

8.1 Bøker (fork.)

- Choi 2003: Won-Mog Choi: Like Products' in international trade law: Towards a consistent GATT/WTO
- Complex 4/96 Eva I.E. Jarbekk. - Personvern og overføring av personopplysninger til utlandet
- Complex 6/02 Mona Naomi Lintvedt og Christopher J. Helgeby: Overføring av personopplysninger til tredjeland : kravet til tilstrekkelig beskyttelse etter EU-direktivet om personvern art. 25
- Bygrave 2002: Lee A. Bygrave. Data Protection Law Approaching Its Rationale, Logic and Limits 2002
- Carey 2004: Peter Carey. Data Protection – A Practical Guide to UK and EU Law second edition 2004
- Eckhoff 2000: Torstein Eckhoff, Jan E. Helgesen. Rettskildelære 5.utgave 2000
- Kaspersen m.fl.: Michal Wiik Johansen, Knut-Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng Skullerud. Personopplysningsloven – Kommentartutgaven 2001

Mullock & Leigt-Pollitt:	James Mullock & Piers Leigh-Pollitt. The Data Protection Act explained 1999
Schartum og Bygrave 2004:	Dag Wiese Schartum og Lee A. Bygrave. Personvern i informasjonssamfunnet – En innføring i vern av personopplysninger
Schwartz & Reidenberg 1998:	Joel R. Reidenberg & Paul M. Schwartz: On-line services and data protection and privacy
Sejerstad m.fl. 1995.:	Fredrik Sejerstad, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Helge Stemshaug. EØS-RETT 1995
Sejerstad m.fl. 2004.:	Fredrik Sejerstad, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, Olav Kolstad. EØS-RETT 2.Utgave
Swire/Litan	Peter P.Swire, Robert E. Litan: None of your business : world data flows, electronic commerce, and the European privacy directive

Vogel 1996: Steven K. Vogel. Freer Markets, More Rules – Regulatory Reform In Advanced Industrial Countries 1996

8.2 Artikler og Tidsskrifter (fork.)

Bhala: Raj Bhala: The Bananas War (2000)

Bygrave 2004: Lee A. Bygrave: Privacy Protection in a Global Context – A comparative overview

Farrell 2003: Henry Farrell: Constructing the international – foundations of E-Commerce – The EU-U.S. Safe Harbor Arrangement

Hudec 1998 Robert E. Hudec: GATT/WTO constraints on National Regulation: Requiem For “Aim and Effects” Test

Hirst and Thompson 1999: Paul Hirst and Grahame Thompson
The Tyranny of Globalisation: Myth or Reality? Frans Buelens: Globalisation and the Nation-State 1999

Long og Quek 2002:	William J. Long, Marc Pang Quek: Personal data privacy protection in an age of globalization: the US-EU safe harbor compromise
Reidenberg 2001:	Joel R. Reidenberg: E-commerce and Trans-Atlantic Privacy
Shaffer 1999:	Gregory Shaffer: The Power of EU Collective Action: The Impact of EU Data Privacy Regulation on US Business Practice
Shaffer 2000:	Gregory Shaffer: Globalization and Social Protection: The Impact of EU and International Rules in the Ratcheting Up of U.S Privacy Standards
Simitis 1998:	Spiros Simitis: From the general rules on data protection to a specific regulation of the use of employee data: policies and constraints of the European union
WP:4	Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data

(XV D/5020/97-EN) First orientations on
Transfers of Personal Data to Third countries
possible Ways Forward in Assessing Adequacy

WP:12

Working Party on the Protection of Individuals
with regard to the Processing of Personal Data
(DG XV D/5025/98) Working Document,
Transfers of personal data to third countries :
Applying Articles 25 and 26 of the EU data
protection directive

WP:27

Working Party on the Protection of Individuals
with regard to the Processing of Personal Data
(5146/99/EN/final) Opinion 7/99 On the Level
of Data Protection provided by the “Safe
Harbor” Principles as published together with
the Frequently Asked Questions (FAQs) and
other related documents on 15 and 16
November 1999 by the US Department of
Commerce

WP:32

Article 29 Data Protection Working Party
(CA07/434/00/EN) Opinion 4/2000 on the
level of protection provided by the "Safe
Harbor Principle"

8.3 Artikler (generell)

Assey Jr, James M.. og Eleftheriou , Deemetrios A.– The EU-U.S. privacy Safe Harbor:
Smooth Sailing or troubled waters?

Brown, Duncan H. og Blevins, Jeffrey Layne– The Safe-Harbor Agreement Between the
United States and Europe: A Missed Opportunity to Balance the Interests of E-Commerce
and Privacy Online?

Kyle Thomas Sammin – Any port in a storm: The Safe Harbor, the Gramm-Leach-Bliley act,
and the problem of privacy in financial services

Nehf, James P. – Recognizing the societal value in information privacy (2003)

Nijhawan, David Raj - Emperor Has No Clothes: A Critique of Applying the European
Union Approach to Privacy Regulation in the United States

PRIVACY JOURNAL 1997 Compilation of State & Federal Privacy Laws

Privacy Laws & Business Data protection & privacy information worldwide
(Issue 75 Oct/November 2004) – US SAFE HARBOR under fire

Reidenberg, Joel R. – Privacy Wrongs in Search of Remedies

Schriver, Robert R. – You cheated, you lied: The Safe Harbor agreement and its enforcement by the Federal Trade Commission

Shapiro, Eric – All is not fair in the privacy trade: The Safe Harbor agreement and the world trade organization

Shimanek, Anna E.– Do You Want Milk with Those Cookies?: Complying with the Safe Harbor Privacy Principles

Soma, John T., Rynerson, Stephen D., og Beall-Eder, Britney D. – An analysis of the Use of Bilateral Agreements Between Transnational Trading Groups: The U.S./EU E-Commerce Privacy Safe Harbor

Thompson, George Benjamin og Hamilton, Lynda S, - How Safe Are the Harbors? The United States Struggles with Internet Data Privacy

Vitale, Angela – The EU Privacy Directive and the Resulting Safe Harbor: The Negative Effects on U.S. Legislation Concerning Privacy on the Internet.

Walker, Ken – The costs of privacy